

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVII

Diciembre 1951

Núm. 283

Las conjeturas en materia de sustituciones, según la doctrina del Cardenal Mantica.

(Conclusión)

VII. CONJETURAS SOBRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.

Cuando, por conjetura de la voluntad, la sustitución fideicomisaria se entiende implícita en la recíproca y por qué conjeturas, se infiere la fideicomisaria recíproca.

Es principio de derecho que la sustitución fideicomisaria debe sostenerse por benigna interpretación y esta conjetura de voluntad prevalece aún contra la propia significación de las palabras. Interpretación y conjetura que deben admitirse, aunque sobrevivan los hermanos del difunto y hagan tránsito los bienes a un extraño. De lo que se desprende también que la sustitución directa que no puede valer por derecho directo, por benigna interpretación debe convertirse en fideicomisaria, pues lo que ante todo interesa es que se cumpla la voluntad del testador. Aparte de que no puede decirse que las palabras directas sean contrarias a la interpretación fideicomisaria, porque en todo caso el fideicomisario no deja de ser heredero a ciertos efectos. Así que, diciendo el testador «cuando quiera que falleciere mi hijo, sea heredero Ticio», puede esto interpretarse por fideicomiso; es decir, que sea Ticio heredero fidei-

comisario ; como si hubiera dicho «para cuando quiera que falleciere mi hijo, instituyo heredero a Ticio», puede considerársele instituído heredero fideicomisario, contra la propia significación de las palabras usadas.

Si, como es sabido, la sustitución vulgar por conjetura de voluntad se convierte en pupilar tácita y la pupilar expresa en vulgar tácita, con mayor motivo y por igual conjetura la sustitución directa debe convertirse en fideicomisaria, porque es manifesto que el testador quiso que un sustituto le sucediera en sus bienes y si lo designó en forma directa no hay razón para que, no teniendo aplicación la sustitución directa, no deba admitirse el sustituto por la fideicomisaria.

Una sustitución pupilar hecha con palabras civiles se extingue al alcanzar el instituído la pubertad, y no vale ya como pupilar ni como fideicomisaria, aunque en la sustitución se hubiera comprendido un tiempo mucho más largo. Pero si se hubiera hecho simple sustitución al impúber sin fijación de tiempo, tal sustitución valdrá de modo directo si el sustituido no llega a alcanzar la pubertad, pero si sigue viviendo, a su fallecimiento la sustitución se entiende fideicomisaria. En el primer caso la sustitución no vale en forma directa, porque el testador no pudo ordenarla para después de la pubertad, ni puede sostenerse en forma precaria, porque no se presume haber querido gravar al hijo de restitución, si no lo ha expresado ; pero en el segundo caso, si el testador designó un segundo heredero no hasta cierta edad, sino para cuando el hijo falleciere, ya cesa la presunción de favor y queda patente la intención del testador de haber querido proveer de sustituto al hijo. Luego, esta intención debe sostenerse y la sustitución ha de tener lugar, después de la pubertad, por vía fideicomisaria.

Una importante duda se plantea : si, sobreviviendo la madre al pupilo muerto antes de alcanzar la pubertad, se debe entender la sustitución pupilar o fideicomisaria. El interés del problema radica, como es obvio, en que según sea una u otra, la madre tendrá o no derecho a adquirir los bienes procedentes de las detracciones legales, como la legítima y la Trebeliánica.

Parece que la opinión más corriente es que, cuando la sustitución compendiosa se ha hecho con palabras comunes sea fideicomisaria en todo tiempo, sobreviviendo la madre. Pero es de advertir

que si la sustitución compendiosa fué expresada con palabras comunes y con expresa indicación de tiempos, sin duda alguna muriendo el hijo en la impubertad, aunque sobreviva la madre, la sustitución es pupilar; pero si la sustitución compendiosa con palabras comunes fué hecha con abstracción de todo elemento temporal, entonces la opinión se inclina a considerarla fideicomisaria.

Es decir; si el testador dijere «para cuando quiera que muera mi hijo, le sustituyo por heredero a Ticio», si el instituido muere antes de la edad púber; aunque le sobreviva la madre, la sustitución sin duda alguna se entiende pupilar, porque la palabra *heredero* es directa y la otra *sustituyo* es común. Pero esto ha de entenderse de este modo si por otras conjeturas no se deduce que el testador quiso ordenar sustitución fideicomisaria; como, si el testador hubiese prohibido la detracción de la Trebeliánica, hay que decir que ordenó sustitución fideicomisaria, porque tal prohibición no es congruente con la sustitución directa.

Pasemos ahora a tratar brevemente de otra cuestión enunciada en el epígrafe, a saber: por qué conjeturas la sustitución fideicomisaria se entiende comprendida en la recíproca.

Es una verdad que la sustitución recíproca sólo abarca sustituciones directas, no las fideicomisarias; no así la compendiosa que, por referirse a variedad de tiempos, contiene tanto las directas como las fideicomisarias. No obstante, el principio de que la sustitución fideicomisaria no se comprende en la recíproca tiene varias excepciones.

La primera, que vaya unida a la compendiosa, como si el testador dijera «para cuando quiera que uno u otro de vosotros falleciere, os sustituyo recíprocamente». Aquí la expresión «cuando quiera que» implica tracto temporal propio de la sustitución compendiosa y, por tanto, se entiende que para después de la adición se ha hecho sustitución fideicomisaria. Igual sería si el testador en vez de la expresión «cuando quiera que» haya dicho simplemente «a los que fallecieren sin hijos sustituyo recíprocamente», porque también esta condición significa tracto de tiempo y, por lo tanto, sustitución compendiosa, que incluye a la fideicomisaria.

Otra excepción que no necesita razonarse: si el testador dijere «instituyo herederos a mis hijos, a quienes sustituyo recíprocamente por la vulgar, pupilar y fideicomisaria».

Tercera: si la fideicomisaria se deduce de palabras del testamento anteriores o posteriores a la cláusula de sustitución, porque la voluntad del testador resulta del contexto del testamento.

Finalmente, si la sustitución recíproca se hizo en codicilo vale como fideicomiso; porque la conjetura de la ley es que el testador, al redactar el codicilo, quiso que éste tuviera la fuerza que la ley le concede y la ley no permite ordenar en codicilo sustitución directa, sino sólo la fideicomisaria.

Se duda si, conteniendo el testamento cláusula codicilar, la sustitución recíproca en él ordenada se convierte en fideicomisaria cuando en virtud de tal cláusula el testamento sólo valga como codicilo. Decio se opone, porque el testador no pensó en ordenar fideicomiso y la cláusula codicilar no debe ir más allá de la voluntad del testador. Otros autores, en cambio, entre ellos Paulo el Castrense sostienen opinión contraria a la de Decio. Ripa opina que, en lo que atañe a la sustitución recíproca, puede defenderse sin distinción que por la cláusula codicilar, ya se haya escrito con palabras de tiempo futuro, ya de presente tan sólo, debe entenderse que el testador quiso también sustituir por la fideicomisaria; y si la recíproca directa se hizo en codicilo, por ministerio de la ley se convierte en fideicomisaria. Luego, del mismo modo por conjetura de la voluntad debe realizarse tal conversión si la sustitución fué hecha en testamento, que se sostiene como codicilo, porque no se entiende haberse hecho testamento, sino codicilo.

Hemos expuesto algunas conjeturas de las que se deduce hallarse la sustitución fideicomisaria implícita en la recíproca. Diremos ahora algo sobre las conjeturas que permiten deducir sustitución fideicomisaria recíproca.

Ciertamente, si el testador, instituídos herederos dos o más hijos dijere «encargo a mis hijos que si alguno de ellos falleciere sin hijos restituya su parte al hermano sobreviviente», no hay duda alguna que entre ellos ha de entenderse ordenada sustitución fideicomisaria recíproca, ya que en las palabras usadas no hay la menor ambigüedad. Pero aquí se trata de las conjeturas que permiten deducir sustitución fideicomisaria recíproca cuando el testador no la ha ordenado de un modo expreso.

Analiza el autor varios casos, que hemos de pasar por alto en gracia a la brevedad, y a continuación y como síntesis afirma que

para inducir por conjetura la sustitución fideicomisaria recíproca, tres requisitos han de concurrir: primero, que todos aquellos entre los que suponemos hecha dicha sustitución sean instituídos; segundo, que la sustitución sea hecha al último que fallezca, y tercero, que la sustitución abarque toda la herencia del testador. Es evidente que si el último que fallece ha de entregar *toda* la herencia a Ticio, el que ha de entregarla toda ha tenido que acumular en sus manos la parte de los demás instituídos y esto no podría ser si no entendiéramos, por conjetura de la voluntad, que el testador estableció sustitución fideicomisaria recíproca entre los instituídos.

Aparte de la concurrencia de los tres requisitos indicados, puede por alguna otra circunstancia accidental admitirse la conjetura de sustitución fideicomisaria recíproca. Por ejemplo, si el testador legó una cosa a varios y, simplemente, sin causa expresa, prohibió enajenarla, se interpreta tácito fideicomiso recíproco entre ellos, porque la prohibición no se explica si no se hace en contemplación de otro. Lo mismo puede decirse cuando el testador, instituídos herederos sus hijos, prohibió enajenar los bienes y dispuso que vayan haciendo tránsito de uno a otro. Otro caso: si el testador dispuso que después de la muerte de las hijas, a las que llamó primero, pasaran los bienes a los hijos de ellas, se entiende que los hijos de cualquiera de dichas hijas son sustitutos fideicomisarios de la madre en la parte en que ésta fué instituída.

Finalmente advierte el autor que, si el testador instituyó herederos a los hijos y designó a los hijos o descendientes de éstos como sustitutos de los instituídos y de cualquiera de sus descendientes y a los demás sobrevivientes para el hijo o descendiente sin hijos, tal sustitución se entiende compendiosa y recíproca, porque ha sido hecha comprendiendo en compendio varios tiempos y personas y contiene no sólo la vulgar y pupilar, sino también la fideicomisaria; ya que tiene tracto de tiempo sucesivo y comprende varios tiempos, a saber, antes y después de adir la herencia, y siendo varios los instituídos y los sustitutos, no se entiende solamente compendiosa, sino también recíproca; ni la sustitución fideicomisaria caduca con los primeros llamados, sino que debe admitirse también al fideicomiso a los posteriores guardando el orden sucesorio. Otra cosa sería si con las mismas palabras fuera hecha la sustitución a uno solo, porque entonces sólo sería compendiosa y no puede conside-

rarse recíproca sino cuando se hace a muchos, pues ésta es la diferencia sustancial y específica entre la sustitución recíproca y la compendiosa: que la recíproca comprende sintéticamente y en compendio de personas y tiempos varias sustituciones, y la compendiosa abarca también varias sustituciones, pero la forma sumaria o sintética de ordenarlas se refiere sólo al tiempo.

VIII. CONJETURAS SOBRE LOS BIENES A RESTITUIR.

Se hallan comprendidos en el fideicomiso lo mismo los bienes muebles que los inmuebles, aunque el testador haya prohibido especialmente la enajenación de éstos últimos. Igualmente y sin la menor duda, también debe restituirse el dinero encontrado en la herencia, sin necesidad de que se le haya mencionado especialmente.

Plantea el autor una primera cuestión: si uno fuere instituido heredero de un fundo y rogado de restituir a otro el mismo fundo, no teniendo otro coheredero, ¿debe restituir por fideicomiso la universal herencia, ya que la institución tiene carácter universal?

Contra opiniones adversas, el autor entiende que el heredero del fundo sólo ha de restituir el fundo, no toda la herencia, por ser diversas las razones de la institución y de la sustitución, ésta limitada al fundo y aquélla con carácter universal motivada porque nadie puede morir parte testado y parte intestado.

Se pregunta luego el autor si por conjetura de la voluntad el gravamen de restitución se extiende a lo que el sustituto haya adquirido en virtud de la sustitución pupilar. La contestación es diversa, según lo fuere la fórmula. Si ésta dice «el que sea mi heredero, séalo también de mi hijo», la herencia adquirida por el sustituto debe restituirse; pero si la expresión «el que sea mi heredero» se sustituye por una designación nominal, entonces si éste fuere único heredero del padre está obligado a restituir la herencia del pupilo; pero si tuviere un coheredero, podrá retener la herencia del pupilo.

Una tercera cuestión: si el testador legó a alguien un predio bajo condición, y a los hijos nombrados herederos les gravó con fideicomiso de residuo a favor de un Hospital para el caso de morir dichos herederos sin hijos, se ocurre preguntar: si por no haberse cumplido la condición añadida al legado, quedare éste en la heren-

cia de los hijos, cumpliéndose la condición del fideicomiso, ¿debe el predio legado entregarse al Hospital? Nuestro autor contesta afirmativamente, porque el fideicomiso es universal y no es obstáculo para que el predio se entienda incluido en el fideicomiso universal el que haya sido especialmente legado, porque habiendo resultado ineficaz el legado por incumplimiento de la condición y pasando el predio a formar parte de la universal herencia, por verosímil voluntad del testador debe creerse sujeto a restitución junto con los demás bienes.

En el fideicomiso de residuo surge otra cuestión. Sabido es que el fiduciario puede enajenar las tres cuartas partes y debe restituir la cuarta restante. Si no hizo uso de la facultad de enajenar, todo lo que quede ha de restituirse. Pero, ¿y si no enajenó *inter vivos*, pero sí dispuso en testamento de dichas tres cuartas partes? Baldo, **y con él** muchos otros autores entienden que en este caso lo dejado en testamento equivale a una enajenación y no se debe restituir.

Al tratar de los bienes a restituir al fideicomisario se propone una cuestión importante: si se comprenden en los bienes sujetos a restitución los que en calidad de legado o fideicomiso se han dejado al heredero obligado a restituir la herencia. Bartolo va en cabeza de los que afirman y Ripa de los que niegan. El autor se adhiere a la opinión de los últimos: primeramente porque no es lícito desviarse de la significación de las palabras cuando manifestamente no aparecen contrarias a la voluntad del testador, y bajo el apelativo de legados y fideicomisos no se contienen en la herencia a restituir, y en último caso, porque cuando el testador prelegó o dejó un fideicomiso a uno de sus herederos parece probable haber querido que, aunque no obtenga la herencia, reciba siquiera el legado y, por lo tanto, cuando el testador rogó al heredero la restitución de la herencia, quiso que éste retuviera los prelegados y fideicomisos, ya se hayan ordenado estos antes, ya después de la cláusula de restitución de la herencia.

Pero esto se ha de entender así siempre, y cuando por conjetura de la voluntad no pueda interpretarse otra cosa, como si se tratara de heredero extraño gravado de restituir la herencia a un hijo del testador, en cuyo caso por razones de piedad hay que entender que el testador quiso que su hijo recibiera también los prelegados y fideicomisos.

Hablemos ahora de las conjeturas relativas a la restitución de frutos. Tres grupos de estos distingue el autor: los frutos existentes en el momento de la muerte del testador; los percibidos después de la muerte del testador, pero antes de la adición, y los percibidos después de la adición de la herencia.

En cuanto a los del primer grupo, deben sin duda restituirse al fideicomisario, porque estos frutos suponen más bien un incremento de la herencia; sin embargo, como tales frutos hay que considerarlos y si el heredero sobrevive al testador más allá de un trienio, no está obligado a restituirlos, porque no se presume que hayan podido conservarse durante tanto tiempo.

La misma solución se establece en cuanto a los frutos pendientes y existentes en los predios al tiempo de morir el testador y percibidos antes de aceptar la herencia, porque estos frutos son hereditarios o cosas hereditarias, no de los herederos que aun no han adquirido tal condición, y por ello tales frutos, como formando parte sustancial de la herencia, deben restituirse a la par que ésta.

En cuanto a los frutos del tercer grupo, no se incluyen entre los bienes que han de restituirse, porque lo que ha de ser objeto de restitución es la herencia o lo que forme parte integrante de la misma, pero no los frutos, que no han sido heredados. Tampoco han de restituirse los frutos percibidos después que haya llegado el día de la restitución si el heredero no incurrió en mora, sino que debiéndose la falta de entrega a la negligencia del fideicomisario en reclamar, tales frutos ceden en lucro del mismo heredero. Sin embargo, no se entiende existir negligencia si el fideicomisario se hallaba ausente o ignorara su derecho o se tratara de un menor.

La regla de que los frutos percibidos después de la adición no han de restituirse al fideicomisario tiene algunas excepciones, como en el caso de que el testador haya ordenado expresamente de tales frutos o que se pueda deducir por legítima conjetura que quiso se restituyeran; el caso de legado de predio para la construcción de un monasterio en el que los frutos percibidos antes de su construcción se deben al monasterio; el caso del gravado de restituir después de su muerte a un hijo del mismo testador todo lo que aquél naya adquirido o el mismo caso cuando el fideicomisario es un hijo del instituido; cuando el heredero simplemente gravado de restitución fuere acreedor del testador o de la herencia, en cuyo caso no

puede lucrarse con los frutos, sino imputarlos al crédito, y otras.

Digamos ahora alguna cosa sobre lo que no se ha de restituir por haberlo adquirido el heredero al margen del testamento y de la voluntad del testador.

En primer lugar figura la legítima del hijo, la cual no se comprende en el fideicomiso universal. No falta, sin embargo, quien condicione esto diciendo que si el hijo se limitó a aceptar la herencia simplemente sin hacer alusión a su legítima, debe ésta entenderse incluida entre los bienes sujetos a restitución. Pero Mantica se opone a esta interpretación por varias razones: porque siendo la legítima debida por ministerio de la ley y libre de todo gravamen, no debe entenderse que el padre haya querido imponer una carga que la ley no permite; porque la legítima no es parte de la herencia, sino parte de los bienes hereditarios, por lo cual aunque el hijo haya sido rogado de restituir toda la herencia, no debe extenderse el ruego a la legítima; porque en la herencia a restituir no deben comprenderse los bienes propios del hijo gravado, como es la legítima y por otras razones que no vale la pena indicar en asunto tan claro.

Es de observar, no obstante, que si el padre ordenó prelegados a favor del hijo con la condición expresa de que no pueda detraer la legítima del fideicomiso, se entiende que si acepta los prelegados renuncia a su derecho legitimario. Igualmente debe recordarse que en la sustitución pupilar se contiene también la legítima, salvo conjeturas contrarias.

Entre los bienes libres del fideicomiso figura también la dote de la madre, porque es debida al hijo fuera de la sustancia del testamento y del juicio del testador.

Igualmente puede el gravado de restitución deducir lo que le debía el difunto al morir, aunque por la adición de la herencia se entiendan confundidas las acciones. Y esto es así aun en el caso de que el heredero no haya hecho inventario, porque los bienes y derechos del heredero no figuran entre los que han de restituirse. Pero se supone que la deducción de lo que se debe al heredero se ha hecho al tiempo de aceptar la herencia, porque la adición hecha por el acreedor extingue la obligación, no ciertamente por confusión de derechos, sino por una especie de fingida solución, cuando por otra parte el heredero no sufra perjuicio, porque si fue-

re así, la adición no tendría fuerza de solución, sino de confusión.

Tampoco han de restituirse los predios comprados por el heredero con dinero de la herencia, aunque este dinero sí ha de restituirse. Pero los predios redimidos por el heredero en virtud del pacto *de retrovendendo* deben restituirse, sin perjuicio del derecho de repetir que tiene el heredero en cuanto al precio. Si el heredero enajenó algunos bienes y con su importe compró otros, deben éstos restituirse como subrogados en el lugar de aquéllos.

No hay la menor duda de que el heredero puede enajenar las cosas sujetas al fideicomiso que pudieran destruirse por el tiempo, pero se ha de devolver el precio al fideicomisario. Se pueden igualmente permutar las cosas, a no ser que por el testador se haya manifestado hacia ellas una especial afección; en tal caso se deben las adquiridas por la permuta. Lo que por aluvión se añade al fondo pertenece al fideicomiso.

El fiduciario está asimismo facultado para deducir lo adquirido por donación *inter vivos* que le hizo el testador, aunque la donación hubiese sido inicialmente inútil y se confirme por la muerte del donante, como ocurre con las donaciones entre cónyuges, porque el heredero ha adquirido los bienes donados fuera del testamento. Pero se entiende esto cuando en el testamento no se ha hecho mención de los bienes donados, pues en otro caso, si lo que el marido donó a la mujer o el padre al hijo fué también legado en el testamento, no se debe por derecho de donación, sino de legado.

Dedúcese también la donación *mortis causa* hecha por el testador al heredero gravado, porque es adquisición al margen del testamento. Lo mismo cabe decir de la dote dada por el padre a la hija gravada, si no se pacta que esta dote revierta a los herederos del padre, en cuyo caso puede ser gravada de restitución.

Finalmente, si el padre asignó bienes a sus hijos y se los distribuyó por derecho de dominio y después instituyó herederos a los mismos hijos gravándolos con fideicomiso, no se incluyen en éste aquellos bienes que fueron distribuidos en vida del padre, porque los favorecidos no los recibieron por título testamentario.

Huelga decir que el fiduciario, en los casos procedentes y que no son de este lugar por tratarse de normas legales y no de conjeturas, puede retener la cuarta Trebeliánica, a no ser que el testador haya prohibido dicha detracción en los casos permitidos. Sobre la prohibición expresa nada hay que decir tampoco en este lugar.

Pero se duda si la prohibición puede deducirse también por conjetura de la voluntad. La opinión está dividida: algunos doctores son contrarios a la admisión de estas conjeturas y sostienen que la prohibición ha de ser expresa por tratarse de un requisito formal que no puede ser en modo alguno suplido de una manera tácita o por palabras que no sean singulares y concretas y porque, se dice, pudiendo el testador prohibir la Trebeliánica, si no la prohíbe, se entiende que quiere se detraiga, de forma que la detracción sí puede concebirse por la voluntad presunta del testador.

Pero Bartolo y algunos otros autores admiten la prohibición derivada de palabras generales y de conjeturas, y el autor, aunque comparte esta opinión, la condiciona y limita a unos pocos casos, en cuyo estudio no nos podemos detener para no hacer interminable este trabajo.

IX. CONJETURAS SOBRE LA PERSONA DEL FIDEICOMISARIO. QUÉ HIJOS SE CONSIDERAN COMPRENDIDOS EN LA PALABRA «HIJOS» Y SI EN LA MISMA PALABRA DEBEN ENTENDERSE INCLUIDOS LOS NIETOS.

En la imposibilidad de resumir toda la doctrina relativa a las dudas que se ofrecen en la determinación de la persona del fideicomisario, nos circunscribiremos al problema de mayor interés en esta materia, a saber: dilucidar el alcance y significación de la palabra «hijos» en orden a estos dos puntos: 1.º Si en la palabra «hijos» se entienden incluídas las hijas, los hijos de ambos matrimonios por igual, los ilegítimos y los profesos en religión; y 2.º Si en la palabra «hijos» deben entenderse incluídos los nietos.

1.º Veamos en primer lugar si el fideicomiso dejado a los hijos se entiende también dejado a las hijas. Opina Paulo el Castrense que si en alguna parte del testamento el testador no ha hecho mención de las hijas, no se comprenden éstas en la sustitución, porque no es igual el afecto que el testador siente por los varones que por las hembras. Por el contrario, Decio escribe que en las sustituciones los hijos varones no tienen ninguna prerrogativa, sino que las hijas son admitidas en ellas al igual que los hijos, porque unas y otros en las últimas voluntades se designan con la general denominación de hijos. Para el cardenal se precisan especiales conjeturas para decidir si deben considerarse excluídas o no las hijas; así,

por ejemplo, puede entenderse que el testador se refirió a los varones, no a las hembras, cuando instituyó a los primeros en la universal sucesión y a las segundas en cosas ciertas, cuando substituyó a uno de los hijos por los otros hijos, etc.

Sustituyendo el testador a los hijos, deben admitirse por igual los del primero que los del segundo matrimonio. Lo mismo sucede cuando todos los hijos son instituidos a la vez y simplemente sin distribución de partes; pero no si, por ejemplo, los dos hijos de la primera mujer han sido instituidos en la mitad y tres o más de la segunda en la otra mitad, porque entonces el testador no mostró igual afecto para unos que para otros.

Bajo la palabra «hijos» no se entienden llamados los naturales si por conjetura no aparece haberlos querido llamar el testador, por ejemplo, si en alguna parte del testamento el testador hubiera hecho mención de los hijos naturales, o si tuviera sólo hijos naturales al confeccionar el testamento, aunque después le sobrevivan otros legítimos.

Huelga decir que, aunque el testador hable de hijos nacidos en su casa, no se entienden sólo llamados los que hayan nacido materialmente en la casa o habitación del testador, sino en general todos los que son del mismo testador por derecho de agnación y de sangre.

En cuanto al hijo que ha ingresado en un monasterio, no hay cuestión de voluntad, siempre que el monasterio tenga capacidad de adquirir, colocándose éste en el lugar del hijo incapaz.

2.º Mucho más importante y debatida que las cuestiones anteriores es la relativa a si en la palabra «hijos» deben entenderse incluidos los nietos.

Se sostiene que si bajo la denominación de hijos deben incluirse también las hijas en los llamamientos fideicomisarios, necesario es que bajo la misma denominación figuren también los nietos, pues en los mismos casos en que el género masculino comprende al femenino, la designación de hijos comprende también a los nietos. Pero Bartolo no admite esta paridad, sino que, según él, la denominación de hijo se extiende al nieto por aquella interpretación de que lo masculino abarca lo femenino, pero no que en todos los casos en que el género masculino incluye al femenino el llamamiento de los hijos abarque también a los nietos, porque si de la equiparación se deduce

en algún caso determinado carga ó gravamen para unas personas, en tal caso no debe admitirse la equiparación. En el caso de la tutela, verbigracia, si un testador nombra tutores a los hijos, se entienden tales tutores testamentarios designados también para las hijas; y, sin embargo, en igual caso no figuran los nietos, porque la tutela es una carga para el tutor, aunque sea un beneficio para el pupilo y como carga no debe dársele una interpretación extensiva.

El cardenal no admite que, sin especiales conjeturas dilucidadas en cada caso, en la palabra «hijos» se comprendan los nietos, porque no es lícito desviarse de la propia significación de las palabras y la palabra «hijos» tiene una propia significación como la tiene la palabra «nietos»; porque si entendemos que los nietos van incluidos en la palabra «hijos», por la misma razón los biznietos irían comprendidos en la palabra «nietos», y esto no es así, según la común y mejor interpretación; y finalmente, porque esto es lo que defienden la mayoría de los más calificados autores, con Baldo a la cabeza.

La opinión de Mantica en esta cuestión es que sólo por legítima conjetura puede en cada caso decidirse si en el llamamiento de los hijos deben considerarse comprendidos o no los nietos. Y a continuación indica algunas de estas conjeturas, primero las que no admiten la equiparación y después las que permiten deducirla.

A. Conjeturas por las que debe entenderse que el testador, al designar a los hijos, no quiso referirse a los nietos:

a) Cuando sobreviva un hijo y un nieto hijo del mismo, pues entonces ninguna razón permite que el nieto se admita juntamente con su padre, porque esta es la verosímil voluntad del testador, que por razones de piedad se prefiera el hijo al nieto.

b) Cuando la disposición testamentaria se cumplió en los hijos, en cuyo caso no debe ya extenderse a los nietos.

c) Cuando los nietos no son sucesores abintestato, simultáneamente con los hijos, del que ordenó el fideicomiso.

d) Cuando de las palabras de la sustitución puede deducirse que el testador no pensó en los nietos, como si dijere «y si alguno de dichos sus hijos y herederos falleciere le sustituye por el otro u otros supervivientes».

e) Cuando el nieto, de quien se trate, ha nacido después de la muerte del testador, por cuanto en los legados como en los fideicomisos, en el llamamiento de los hijos no se incluye a los póstumos.

f) Cuando el testador sustituyó a los hijos en porciones iguales, lo cual da a entender que el testador no pensó en los nietos, porque de haber pensado, verosíblemente los habría sustituido *in stirpes*, en vez de *in capita*.

g) Cuando el más dilecto quedare excluido por quien lo fuere menos.

B. Conjeturas de las que puede deducirse que el testador pensó también en los nietos y por lo tanto deben éstos admitirse al fideicomiso ordenado a favor de los hijos:

a) Cuando el testador llamaba hijo suyo al nieto y como a tal lo consideraba, ya que entonces por conjetura de la voluntad derivada del lenguaje usual del mismo testador, se considera llamado el nieto bajo la palabra hijo y debe admitírsele.

b) Cuando los nietos, de quienes se trate, sean sucesores abintestato, juntamente con los hijos, del mismo testador que dejó el fideicomiso, en cuyo caso deben aquéllos considerarse comprendidos en la palabra «hijos».

c) Cuando se ha hecho mención de los hijos nacederos, por razones de caridad se entiende llamados a los nietos, si de lo contrario tuviera que ser preferido a ellos un extraño, en cual supuesto deben admitirse los nietos y excluirse el extraño.

d) Cuando el fideicomiso persigue conservar la agnación. Aquí se admite a los nietos bajo el nombre de hijos para excluir a las hembras. Y bien está lo que expresa Baldo cuando dice que es justo y conforme a la razón natural el que el testador piense no sólo en los nacidos, sino también en los nacederos, no por afecto ni por méritos que no caben en los nacederos, sino por el honor familiar con vistas a conservar la agnación y el honor de la estirpe, aunque sea por medios que implican gravamen.

e) Cuando el testador sustituyó *in stirpes*, no *in capita*, debiendo esto entenderse cuando también los nietos sean sucesores abintestato del mismo testador.

f) Cuando en todo caso el heredero resulte gravado, como, si sobreviviendo hijos, intervengan éstos en unión de nietos, hijos de hijos premuertos. Aquí deben admitirse, porque ya no se trata de liberar al heredero de la carga del fideicomiso.

g) Cuando el testador sustituyó a los hijos no puramente, sino bajo condición. En este caso no pudiendo saberse si, al cumplirse la

condición, serán hijos o nietos los sobrevivientes, se entiende que el testador también pensó en los nietos.

h) Cuando el testador tomaba como sinónimas las palabras hijos y descendientes (*filiorum et liberorum*).

Para terminar ; según el autor, si fueren sustitutos los hijos varones, no deben admitirse los hijos varones concebidos por una hija. Si se ha sustituido expresamente a los nietos, deben admitirse también los biznietos. Y si se ha llamado a los nietos al fideicomiso, es indudable que deben incluirse también los nietos clérigos o sacerdotes, porque las Órdenes sagradas no hacen a éstos de peor condición.

X. DE LOS HIJOS PUESTOS EN CONDICIÓN. CUÁNDO SE ENTIENDEN LLAMADOS AL FIDEICOMISO POR CONJETURA DE LA VOLUNTAD

Terminaremos nuestro trabajo, que ha tenido que ser mucho más resumido y fragmentario de lo que nos habíamos propuesto, hablando de la gran cuestión, *magna dubitatio*, como la llama el cardenal, a saber, si los hijos puestos en condición pueden por conjetura de la voluntad entenderse sustitutos fideicomisarios, cuestión que Mantica califica de extraordinariamente difícil e inextricable, para la que no existe norma cierta ni razón concluyente, siendo varias y contradictorias las opiniones de los doctores, y contrarias también las sentencias que sobre la misma se han pronunciado.

Veamos primeramente, siguiendo a nuestro autor, las razones aducidas por los autores que niegan la condición de sustitutos a los hijos puestos en condición y los argumentos contrarios que a cada una de dichas razones se oponen, para continuar después exponiendo las razones de la doctrina opuesta con sus respectivas refutaciones, y terminar el estudio de esta materia con las conjeturas por las que, a juicio del cardenal, puede entenderse que los hijos puestos en condición se consideran sustitutos fideicomisarios.

Los autores del primer grupo aducen, ante todo, que la condición no es disposición, y por lo tanto no pueden considerarse beneficiados por una disposición a aquellos hijos, cuyo papel en el fideicomiso se limita a condicionarlo simplemente.

Contesta a esto Mantica que a veces también las palabras expresivas de las condiciones tienen fuerza dispositiva cuando de la vo-

luntad del que puede disponer puede derivarse que, efectivamente, ha dispuesto. Debiendo interpretarse las palabras de los fideicomisos en el sentido más favorable y dárseles la solución más benigna en lo que respecta a los hijos y demás descendientes del testador, se acomoda a esta solución la hipótesis de considerar favorecidos con el fideicomiso a los hijos puestos en condición, más que la contraria de tenerlos separados del mismo por limitarse al subordinado papel de ser una simple condición que determina la transmisibilidad de los bienes o la extinción del fideicomiso. Con respecto a la ley *si quis sub conditione* que sirve de base a la razón fundamental aducida en contra del llamamiento de los hijos en condición, añade nuestro autor que la ley habla en términos de extraño, pero aquí se habla de hijos puestos en condición en oposición a extrañas personas, lo que por razones de caridad y de conjunción de personas hace más segura una interpretación de voluntad contraria a la razón aducida por el aludido grupo de autores.

Otra razón que éstos exponen, basada en la ley *ex facto* (Lib. XXXVI, tít. I, fr. 17, § 5 Dig), consiste en que, cuando el instituido y gravado fué deportado, los bienes se publican y pasan al fisco, lo que no sucedería si los hijos puestos en condición se entendieran llamados a la herencia, porque la publicación de los bienes ningún perjuicio puede ocasionar al fideicomisario.

El cardinal opone a esta razón, que ella no prueba que si los hijos en condición fueron concebidos antes de la deportación no hayan de ser admitidos, porque del mismo modo que su existencia hace que quede incumplida la condición del fideicomiso, puede entenderse que tal existencia haga que por tácito fideicomiso deban restituirse a ellos después de la muerte del padre los bienes que por la deportación de éste han sido publicados para su incorporación al fisco.

La tercera razón alegada por el grupo de autores que nos ocupa tiene su origen en los textos legales, según los cuales los hijos puestos en condición no deben ser defraudados en los bienes paternos, de donde se deduce que los hijos puestos en condición suceden en los bienes del padre, no del abuelo, y si fuesen tácitamente sustitutos, por voluntad del mismo abuelo sucederían a éste y en sus bienes (L. *Generaliter*, Lib. VI, tít. XXV, fr. 6 Cód.).

Pero a esto opone nuestro autor que los hijos en condición ad-

quieren la herencia del abuelo como fruto paterno, porque se les supone transmitida en contemplación al padre instituido heredero. Retorciendo el argumento legal aducido, dice además el cardenal que si decimos que los hijos en condición no son sustitutos tácitos, fácilmente puede el padre defraudarlos enajenando los bienes o desheredándolos o cometiendo delito del cual se siga confiscación; y precisamente para que los hijos en condición no puedan ser defraudados en los bienes sujetos al fideicomiso contra el texto legal y la intención del abuelo, hay que sostener su calidad de sustitutos.

Otra razón alegada se apoya en la ley *si quis eum* (Lib. XXVIII, tit. VI, fr. 16 D.), según la cual si el testador instituyó heredero a uno bajo la condición de que el hijo del testador haya fallecido viviendo el padre, si este hijo no premurió, sino que sobrevivió al padre, no por esto se entiende instituido heredero dicho hijo, sino que se le considera preterido y el testamento no vale.

Arguye contra esto el cardenal diciendo que el supuesto trata de institución directa, que no se induce de tácita voluntad, pero aquí hablamos de sustitución fideicomisaria, en la que actúan también las conjeturas.

Para terminar con las razones alegadas por los autores que niegan el fideicomiso a los hijos puestos en condición, vaya la siguiente que el cardenal dice haber oído a un preceptor suyo de agudísimo ingenio, el Doctor Jerónimo Torniello: la condición *si quis decesserit sine liberis* tiene por objeto exonerar al heredero gravado y extinguir el fideicomiso; luego, si el instituido falleciere con hijos, esta condición no puede conducir a otro fideicomiso en perjuicio del instituido heredero, porque es regla elemental de derecho que lo que tiende a conseguir un fin no debe entenderse dirigido a perseguir otro contrario.

El cardenal Mantica destruye fácilmente este argumento, que a primera vista no deja de ser impresionante, diciendo que esta condición induciría a un efecto contrario si el mismo heredero que murió con hijos se entendiera gravado de restitución en favor del mismo sustituto a quien se designó para el caso de morir el instituido sin ellos; pero no hay repugnancia alguna en admitir que por conjetura de la voluntad se entienda el instituido gravado de restituir los bienes a los mismos hijos, antes bien, es congruente con la verosímil voluntad del testador que éste prefirió no sólo el

heredero mismo sino también sus hijos al sustituto, y por consiguiente debe creerse que el testador quiso que la herencia pasara a los hijos con preferencia al sustituto.

Pasemos a las razones alegadas por los autores que sostienen la vocación a la herencia de los hijos puestos en condición y los argumentos que a cada una de dichas razones opone Mantica.

La primera se apoya en una cita de Scaevola (L. XXVIII, tít. V, fr. 85 D.), que dice al final: «...pues se echa de ver la prudente resolución del testador, porque antepuso como heredero a los sustituidos no solamente a su hermano, sino también a los hijos de éste», hijos que en el caso de la cita estaban puestos en condición. De donde, deducen, si los hijos puestos en condición son preferidos según la prudente resolución del testador, necesario es que en el fideicomiso se consideren sustitutos. Y no puede decirse que a aquellos hijos puestos en condición se les haya reservado solamente el derecho de suceder abintestato, porque fueron preferidos para el caso de morir el hermano antes de adir la herencia, por lo cual, aunque los hijos sucedan abintestato al padre, no se sigue necesariamente que hayan de suceder también abintestato al abuelo, que hizo testamento, porque en tal caso la herencia del abuelo no se mezcla con la herencia del padre.

Para neutralizar el argumento, Mantica analiza el texto de la respuesta de Scaevola, el cual (según la traducción de García del Corral) dice así: «Lucio Ticio, que tenía un hermano, dispuso así en su testamento: *sea mi heredero de toda la herencia mi hermano Ticio; si Ticio no quisiera ser mi heredero o, lo que me horroriza, muriese antes que hubiere adido mi herencia, o no tuviere hijo o hija nacido o nacida de él, entonces sean libres y herederos míos por partes iguales mis esclavos Stico y Pánfilo*; pregunto, si habiendo adido Ticio la herencia, y no teniendo hijos al tiempo de haberse adido la herencia, podrán Stico y Pánfilo ser libres y herederos en virtud de la sustitución; y asimismo pregunto, si en el caso de que no puedan ser ni libres, ni herederos en virtud de la sustitución, se considerará que fueron agregados para parte de la herencia. Respondió: aparece ciertamente, que no fué la mente del testador agregar un heredero cualquiera al hermano, a quien claramente había instituido heredero del as; así, pues, si el hermano adió la herencia, no serán herederos Stico y Pánfilo, los cuales no quiso que fuesen herederos ni aun si el

hermano hubiese fallecido, antes de que adiese la herencia, habiendo dejado hijos ; pues se echa de ver la prudente resolución del testador, porque antepuso como heredero a los sustitutos, no solamente a su hermano, sino también a los hijos de éste.

La lectura del texto íntegro claramente indica, sin que sea necesario seguir al autor en su minucioso análisis, que lo que en él se presupone y decide no concuerda con la cuestión aquí planteada. En pocas palabras, la prelación que manifiesta el testador respecto a los hijos del hermano instituído tiende precisamente a excluir a los sustitutos ; en ningún caso, ni que el hermano fallezca antes ni que fallezca después de adida la herencia, quiso que, dejando éste hijos, pasara la herencia a los sustitutos, que sólo deben entenderse llamados en el caso de que el heredero instituído muera antes de adir y sin hijos ; es decir, que en el texto, de hecho, sólo aparece ordenada una sustitución vulgar a favor de los esclavos y aun condicionada por la falta de hijos. Para después de adida la herencia no hay sustitución, sin que interese dilucidar aquí si los hijos puestos en condición deben o no admitirse en virtud del testamento, o si sólo se les reserva para la sucesión intestada, sea sólo del padre, sea del padre y del abuelo, confundidas o no las herencias, porque estos son puntos ajenos a la tesis discutida.

La segunda razón se basa en la ley *cum acutissimi* (Lib. VI, tít. XII, 30 C.), según la cual, si el hijo fuere instituído heredero y para después de su muerte rogado de restituir la herencia a otra persona, por conjetura de piedad se entiende tácitamente establecida la condición *si decesserit sine liberis* para que no aparezca que el testador antepuso otros sucesores a los propios. Pues bien ; si los hijos por condición tácita son llamados a la sucesión por la verosímil voluntad del testador, con mayor motivo han de serlo cuando han sido puestos en condición expresa, y si existe esa verosímil voluntad del testador, necesario es decir que tácitamente son sustitutos fideicomisarios.

Contesta a esto el cardenal que si el argumento fuera válido se seguiría que los hijos que se entienden puestos en tácita condición serían sustitutos por fideicomiso, porque el texto citado habla de condición tácita ; y sin embargo, es muy cierto que no debe considerárseles sustitutos fideicomisarios, sino solamente puestos en condición para excluir a los sustitutos. Sin que, por otra parte, sea sufi-

ciente que el difunto tuviera semejante tácita voluntad, porque para deducir un fideicomiso la conjetura debe ser innegable, o por lo menos muy probable, debiendo afirmarse, por el contrario, que en este caso los hijos han de entenderse puestos en condición para extinguir un fideicomiso, no para que surja otro nuevo.

Como tercera razón se aduce que los ablativos absolutos implican condición como así resulta de la ley *a testatore* (Lib. XXXV, tít. I, fr. 109 D.), que dice: «Uno a quien se le rogó por el testador que, recibiendo cien monedas (*Acceptis centum numis*, ablativo absoluto) restituyere la herencia a Ticia, su coheredera, falleció habiendo sido adida la herencia, e igualmente falleció Ticia, antes de dar las cien monedas; se preguntó si, ofreciendo el heredero de Ticia las cien del fideicomiso, podría conseguir la parte de la herencia. Respondió que el heredero *no podía cumplir la condición*. Y dice Claudio: Con grande ingenio respondió sobre un punto claro de derecho, pudiéndose dudar si en el caso propuesto habría condición.» Es así que también los ablativos absolutos inducen a fideicomiso, como se desprende de la ley *Fideicommissa* (Lib. XXXII, tít. único, fr. 11, 3 *cum esse* Dig.), que dice: «Cuando a alguno se le hubiese rogado que restituya una porción habiendo recibido cierta cantidad, se respondió que a voluntad puede pedirle al heredero el mismo fideicomiso. Pero es objeto de propia deliberación, si tomará previamente y restituirá la porción, si quisiera, o si será obligado a restituir la porción, aun si no hubiere querido, habiendo recibido la cantidad. Y a la verdad *cuando a alguien se le ruega que restituya una porción habiendo recibido cierta cantidad* (*accepta certa quantitate*, ablativo absoluto), hay dos fideicomisos, uno para que pueda pedir la cantidad estando dispuesto a ceder la porción; otro, para que, aunque no la pidiere, sea, sin embargo, obligado a hacerle la restitución al fideicomisario que esté dispuesto a entregar la cantidad.» Luego los hijos puestos en condición se entienden sustitutos fideicomisarios.

A este argumento responde Mantica que para que los ablativos absolutos signifiquen fideicomiso, se requiere, entre otras cosas, que incluyan palabras de disposición, como se deriva de las palabras «recibida cierta cantidad», en que la palabra recibida es ciertamente dispositiva. Pero nosotros hablamos de la condición *si decesserit sine liberis*, la cual no se expresa por ninguna palabra dispositiva, y faltando ésta, no puede inferirse fideicomiso.

Se alega en cuarto lugar que los hijos puestos en condición, mejor aún: su existencia, excluyen indudablemente al sustituto y éste sin duda alguna venía llamado por el testamento: luego con mayor razón los hijos que están puestos en condición se entienden llamados por el testamento. En otras palabras, el que por disposición testamentaria tiene la virtud de excluir a un sustituto, por la misma disposición debe considerarse llamado.

Responde el autor que el argumento es falaz, porque no son los hijos los que excluyen al sustituto, sino el incumplimiento de una condición. Así, instituyendo el testador a Mevio, si Ticio no fuere Cónsul, siendo hecho Cónsul Ticio debería entenderse sustituto, lo que es falso; pues no Ticio Cónsul, sino la falta de la condición es lo que excluye al sustituto.

Vamos, por fin, a exponer las conjeturas, de las que, según el cardenal Mantica, se deduce cuándo son llamados a la herencia los hijos puestos en condición.

a) Cuando los hijos puestos en condición figuran entre los descendientes del testador. Pero se reconoce ser tan leve el valor de esta conjetura que, según la común opinión de los doctores, ella por sí sola no es suficiente para que los hijos se entiendan llamados a la herencia, sino que es preciso que vaya en concurrencia con alguna otra.

b) Si los hijos puestos en condición han sido gravados por el testador, pues no puede ser gravado el que antes no ha sido honrado o beneficiado con alguna disposición del testador (ley *ab eo*, lib. VI, tit. XLII, 9, Cód.). Así, pues, para que valga el fideicomiso impuesto a los mismos hijos puestos en condición, precisa que se entiendan antes tácitamente sustitutos fideicomisarios. Pues esta parece ser la conjetura probable para inducir fideicomiso: que quien quiera que sus hijos restituyan una herencia, se entiende haber querido que antes hayan adquirido dichos hijos la misma herencia, pues de otro modo no la podrían restituir, y quien quiere el consiguiente, ha de querer por necesidad el antecedente.

Aunque la ley *ab eo* no obsta a la aplicación de esta conjetura cuando el gravamen se refiera a cosa que no esté en el patrimonio del testador, sin embargo, la conjetura del gravamen tiene un valor decisivo si la cosa o parte de la cosa a restituir procede de dicho patrimonio, pues entonces es imposible su entrega por el obligado, si éste no es heredero o legatario, y por lo tanto debe entenderse que

le ha sido legada (ley *denique*, lib. XXXIII, tít. VIII, fr. 8, 7 Dig.).

Por lo demás, la ley *ab eo* se refiere al caso de haber sido impuesto simplemente un gravamen a alguien, pero no dice que dicho gravamen recaiga sobre aquél que ha sido puesto en condición, por lo que la conjetura exige no sólo el gravamen, sino también las palabras condicionales; y además que los hijos puestos en condición hayan sido expresamente gravados, pues en caso de duda el gravamen debe entenderse impuesto al padre bajo la doble condición de fallecer sin hijos, y habiéndolos, de que éstos a su vez mueran sin ellos.

c) Cuando son sólo los varones los hijos puestos en condición; pues entonces se presume que el testador quiso vincular los bienes en la familia, y en consecuencia que sólo los varones fuesen sustitutos por fideicomiso. Esta presunción es independiente de que por la ley o estatuto local estén excluidas las hembras del fideicomiso, porque nada tiene que ver con la voluntad del testador, que llamó a los varones a la sucesión y excluyó a las mujeres; siendo tan fuerte esta conjetura, que se entiende tener aplicación aun en el caso de que los hijos varones no estén expresamente llamados, si puede con toda probabilidad colegirse que el testador sólo pensó en ellos. Y el valor de la misma sube de punto si la condición de la masculinidad ha sido varias veces repetida en el testamento, y más aún cuando el testador haya hablado de varones descendientes de línea masculina, por ser clarísima entonces la voluntad de conservar la agnación, lo que no puede conseguirse sino mediante recíproco fideicomiso.

Ripa y Centurio equiparan a esta conjetura la resultante de haber querido el testador distinguir a las hijas dotándolas o beneficiándolas en alguna parte de la herencia, pues si ordenó disposición a favor de las hijas, a las que prefirió el sustituto, es de creer que mucho más quiso honrar a los varones, a los que puso en condición y prefirió a los sustitutos. De donde, si antepuso los varones a los sustitutos y los sustitutos a las mujeres, si ocurriera que el gravado muriera con hijos varones e hijas, al quedar incumplida la condición, de no considerar como sustitutos a los varones, se seguiría el absurdo de que contra la voluntad expresa del testador sucederían a éste las hijas a la vez y de la misma manera que los hijos.

Debe igualmente aceptarse esta conjetura cuando el testador ordenó dotar a las hijas y que se entregara una cierta cantidad de bienes a otros hermanos menores, pues es obvio que en tal caso no

quiso que las mujeres y estos hermanos menores sucedieran en la herencia, reservando ésta para los primogénitos descendientes.

Es de advertir, por último, que si la ley local excluye a las mujeres en favor de los agnados varones transversales hasta cierto grado, y el testador puso en condición a descendientes varones más allá de este grado, entonces si estos últimos deben entenderse llamados a suceder en el fideicomiso, con mayor razón los descendientes varones más próximos.

d) Cuando el testador hable de hijos legítimos o de legítimo matrimonio procreados, los cuales se entienden sustitutos con exclusión de los legitimados, aunque éstos sucedan abintestato al padre juntamente con aquéllos; pues ni aun la legitimación por el Príncipe, que no tiene superior, puede hacer que los legitimados sucedan en el fideicomiso contra la intención del testador por aquellas palabras manifestadas. De lo cual también se deduce que si se hubiese hecho sustitución a la hija bajo la condición de morir sin hijos procedentes de justas nupcias, los que, en efecto, nazcan de legítimo matrimonio, se entienden tácitamente sustitutos, porque si no lo fuesen, sucederían a la madre junto con los naturales y en iguales porciones, aunque no hayan sido legitimados.

e) Cuando el testador extendió los llamamientos a varios grados de sustitutos, pues poniéndolos en condición repetidamente se evidencia que los tenía en gran estima, de donde se conjetura que también los quiso sustituir. Esta conjetura defendió ya Baldo, apoyándola en la ley única *De caducis tollendis* (lib. VI, tit. LI, 4 Cód.). Adquiere mayor valor esta conjetura cuando el testador instituyó a varios hijos y los sustituyó recíprocamente con la condición de *sine liberis decesserint*, y para después de la muerte de todos ellos designó sustituto a un extraño (ley *cum acutissimi* ya citada). Es de notar asimismo que esta conjetura no tiene por objeto decidir si los hijos deben admitirse a la herencia del padre gravado, como puestos en condición, sino que se trata de averiguar si son llamados a la herencia de otro hijo, respecto al cual no fueron puestos en condición. La diferencia es grande, porque en el primer caso, aunque los hijos no se entiendan sustitutos, excluyen al sustituto, y no se sigue el absurdo de que el testador parezca haber querido anteponer un extraño a sus hijos; pero en el segundo caso, se se-

guiría este absurdo, y es por esto que, para evitarlo, deben entenderse sustitutos fideicomisarios.

f) Cuando el testador prohibió la enajenación de los bienes fuera de la familia. Si se dijera que es una redundancia expresar lo que tácitamente está contenido en algo, como es la prohibición de enajenar los bienes del fideicomiso, puede responderse que no se entiende prohibida la enajenación de dichos bienes tácitamente, sino de una manera clara y sencilla. Si, además, esta prohibición de enajenar se impone a todos los descendientes a perpetuidad, está al margen de toda duda que todos ellos están llamados como eventuales sustitutos.

g) Cuando el testador expresó la razón por que quiso que los bienes se conservaran en la familia: pues entonces ciertamente se ve que quiso también que los hijos varones puestos en condición fueran sustitutos en el fideicomiso. Y no es de olvidar que, si el testador excluyó de la herencia a las hijas y para el caso de fallecer el hijo instituido sin hijos varones sustituyó al pariente varón más próximo, es aún mayor la conjetura de haber querido conservar el patrimonio dentro de la familia y, en consecuencia, de que los hijos en condición han sido también llamados.

h) Cuando los hijos puestos en condición no pueden suceder abintestato al mismo instituido. No se opone a esta conjetura el caso del hijo natural, lo mismo que el del hijo desheredado, los cuales no son llamados al fideicomiso a pesar de no ser sucesores abintestato del padre instituido. Con respecto a estos hijos, su papel se limita a excluir al sustituto; es decir, que su existencia sólo implica el incumplimiento de la condición, que impide que la herencia fideicomitida pase al sustituto (ley *ex facto*, lib. XXXVI, tit. I, fr. 17; 4^o Dig.).

A propósito de esta conjetura, el cardenal Mantica hace una admirable digresión respecto a los hijos puestos en condición en la sustitución compendiosa. La conclusión es que la conjetura no puede prevalecer en la sustitución vulgar por ser directa, pero sí en la fideicomisaria, que puede inducirse por conjeturas. Si el testador, dice, nombró herederos a sus hermanos Ticio y Seyo, y los sustituyó recíprocamente para cuando quiera que cualquiera de ellos falleciere sin hijos; si uno de ellos, viviendo el testador, falleciere dejando un hijo, este hijo puede ser admitido a la porción del padre,

al menos por la sustitución fideicomisaria que va implícita en la compendiosa, acreciendo la porción del padre premuerto a su coheredero con la carga del fideicomiso (Cód. lib. VI, tít. LI, 1, única, 10). Solución que no ofrece dudas si por conjeturas los hijos puestos en condición pueden considerarse sustitutos; pues aunque por conjeturas no se admita la sustitución vulgar, sí se admite la fideicomisaria incluida en la compendiosa.

Advirtiéndose que si los hijos en condición se admitieran sustitutos por la vulgar, recibirían la porción de su difunto padre sin disminución alguna; pero admitiéndose por fideicomiso, puede el coheredero gravado detraer la Trebeliánica, si su detracción no está prohibida, suponiendo que valga, cuestión dudosa, la prohibición a los hijos instituidos en primer grado.

2) Cuando los hijos hayan sido puestos en condición usando el testador ablativos absolutos, doctrina acaso difícil de sostener actualmente, ya que en las modernas lenguas derivadas del latín, y menos seguramente en las otras, no existen desinencias de declinación y, por lo tanto, tampoco ablativos absolutos. Sin embargo, por lo menos en los idiomas castellano y catalán, se conservan modismos equivalentes al ablativo absoluto, como son: «no habiendo hijos», «no havent-hi fills», que equivalen a la dicción latina *non extantibus ejus liberis*. La cláusula típica de esta conjetura es: «si testador dixerit, instituo filium meum, et non extantibus ejus liberis, substituo Seyum». En los términos de esta cláusula, la existencia de hijos no sólo significa la exclusión del sustituto, sino el llamamiento de dichos hijos a la herencia como sustitutos. Así lo entiende Mantica, siguiendo a Bartolo, el cual elaboró esta doctrina del ablativo absoluto extendiendo a los actos de última voluntad lo dispuesto en ciertos estatutos locales en esta misma forma de ablativo absoluto «extantibus agnatis mater non succedat», lo que significa no sólo la exclusión de la madre, sino la inclusión de los agnados en la sucesión.

Esta conjetura del ablativo absoluto tiene muchos contradictores, entre ellos Ripa, el cual no se explica la razón de la diversidad, por qué la condición que se induce por ablativos absolutos ha de disponer más que la condición simple que se expresa con la palabra «sí». Sin embargo, parece intuirse una mayor fuerza dispositiva en aquéllos que en la condición sencilla, como igualmente se insinúa

la mayor intensidad del ablativo en forma afirmativa «extantibus agnatis» que en la negativa «non extantibus ejus liberis».

Como norma a tener en cuenta al hablar de conjeturas en general es el principalísimo papel que en ellas representa el arbitrio del juez, a quien en último término compete esclarecer la voluntad del difunto (ley *Voluntatis defuncti quaestio*, lib. VI, tít. XLII, 7 Cód.). Ni debe olvidarse tampoco que no siendo a veces suficiente una sola conjetura, unida ésta a otras, puede conducir a una solución verdadera. Finalmente, cuando los hijos en condición se consideran llamados a la herencia, se entiende solamente en la porción del padre instituido, en cuya consideración fueron puestos en condición (ley *haeredes mei*, lib. XXXVI, tít. I, fr. 57, 1).

JOSÉ SERVAT

Registrador de la Propiedad

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCÁLÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

La registración de la mayor cabida de las fincas por medio de título público de adquisición, complementado por acta de notoriedad

SUMARIO

1. El Registro de la Propiedad y la realidad física de las fincas.—2. Medios de rectificación de la medida superficial.—3. Las actas de notoriedad y su aceptación por el legislador.—4. Opinión de ROCA SASTRE.—5. Interpretación de los textos legales.—6. Posibles objeciones.—7. Tramitación del acta.—8. Inscripción del título público.—9. Innecesidad de reforma legislativa.

1. Los asientos del Registro contienen dos distintas clases de datos: unos, relativos a la finca, como realidad material y física a modo de una «fotografía documental» de la misma—, y otros, que expresan las mutaciones y fases en la vida jurídica de ella. Unos y otros necesitan para su entrada en los libros registrales su constatación en los documentos —título en sentido formal—, que tiene acceso al Registro. Estos documentos, por regla general instrumentos públicos, garantizan y prueban suficientemente el acto jurídico que los motiva y contienen: el título —material— queda perfectamente plasmado en los mismos. Pero los datos referentes al soporte físico, a aquel trozo acotado de la superficie terrestre, que es su material objeto, no adquieren categoría de verdad por su expresión en el documento. Esto es lógico, dada la manera cómo se producen los títulos formales. El documento ve, contempla, constata y, por ende, asegura la realidad del acto jurídico. La voluntad de los otorgantes está en él a través de su manifestación: esta es garantía suficiente de la existencia de aquélla mientras la discor-

dancia no se prueba. En cambio el soporte físico, la finca, no se presenta ante el documento para que éste la retrate. Existe aparte del mismo. Al revés de lo anterior, no hay manifestación que pueda probarla suficientemente. No queda plasmada, como la voluntad, en el título formal. Podrá darse mayor seguridad a los datos que la fijan y delimitan acudiendo a diversos procedimientos probatorios —inspección personal del fedatario, informe de peritos, declaración de testigos, certificaciones de organismos oficiales—, pero nunca la fijación de la misma en el documento tendrá el rango y seguridad que tiene la expresión de la manifestación de voluntad. Sólo podría llegarse a un resultado parecido —decimos parecido y no igual— si por *fictio legis* un documento o certificación oficial garantizara la realidad de los datos referentes a las fincas.

Siendo los asientos del Registro de la Propiedad transcripción en relación y previamente calificada de los documentos en que se publica la dinámica jurídica de las fincas, por fuerza no podrán garantizar más de lo que aquéllos garanticen —en cuanto a cantidad, ya que la garantía puede ser, y es, superior en calidad—. De ahí las dos clases de datos contenidos en los asientos y que nosotros llamaremos «de hecho» y «de derecho». Los primeros se refieren a la realidad física de las fincas; los segundos, a la vida jurídica de las mismas. Aquéllos no son tutelados por la institución registral: la finca es como es, independientemente de lo que en los libros constare, incluso puede no existir, pues, como entiende ROCA SASTRE, ni su existencia garantiza el que la misma —la ficción de la misma— esté inscrita. Los segundos gozan de todas las garantías y ventajas de la institución registral: los principios hipotecarios desarrollan plenamente su juego en cuanto a los mismos. En su consecuencia, el tratamiento de unos y de otros no puede ser el mismo; no hay inconveniente para facilitar lo que perjuicios no pueda producir; debe haberlo para dar facilidades a aquéllo que a terceros pueda perjudicar. De todas formas, la posibilidad del perjuicio existe, aunque en diferente escala, en relación con ambos tipos de datos. Por ello las posibilidades de su respectivo acceso al Registro han de ser proporcionadas y valoradas de acuerdo no sólo con los efectos producidos por su registración a través de los principios hipotecarios, sino también relativamente al posible perjuicio de terceros —en el sentido vulgar de la palabra—: al engaño que

puede ser resultado de la falsedad en la expresión documental y registral de las entidades físicas.

Con arreglo a los artículos 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, los datos que fijan la realidad material de la finca en el Registro son de cuatro clases: **SITUACION**: término municipal, pago o partida, nombre de la finca, pueblo, calle y número. **DELIMITACION**: linderos y naturaleza de las fincas colindantes. **EXTENSION**: medida superficial. **CARACTERISTICAS**: naturaleza de la finca, clase de cultivo, número de pisos, etc. («cualquier circunstancia», dice el Reglamento Hipotecario y desarrolla sucintamente el artículo 170 del Notarial). De todos estos datos unos son esenciales y deben constar necesariamente en las inscripciones: los relativos a la característica fundamental de las fincas, esto es, su naturaleza; y a la situación de las mismas, pero expresándose únicamente el nombre y número de la finca si lo tuviere, y rigiendo un criterio de tolerancia en la práctica en cuanto a la designación de la finca rústica por el nombre de las de su clase —prado, yermo— y la fijación de la naturaleza de los predios colindantes. Claro es, que si el nombre y número de la finca no constan en el título registrable, los efectos en cuanto al Registro es como si no lo tuvieran. Otros datos únicamente tendrán acceso al Registro si los interesados lo hubieren hecho constar en el título correspondiente: son los relativos a características secundarias de la finca y todos aquellos que, sin ser requeridos por la Ley, contribuyan a una mayor identificación de aquélla. Y finalmente existe uno muy importante, que nunca falta en las fincas, y del cual únicamente dará constancia el Registro si se expresó en el título, estando por lo tanto en una situación intermedia entre los otros dos grupos anteriores: no es obligatorio que se exprese, pero debe registrarse siempre que conste en el correspondiente título. No está incluido en el segundo de los grupos que hemos formado porque se trata de dato esencial para la plena delimitación de la finca, pero que sólo tiene acceso al Registro en el caso de que el título lo contenga. Y es esencial, en cuanto a la realidad física porque existe siempre y no es mutable como aquellos otros datos de constatación voluntaria: clase de cultivo, número de pisos, etc.; cabe la mutación del mismo, pero no con la frecuencia y facilidad de la de éstos.

Pues bien: aun cuando la finca continúe siendo una y la misma

y no varíe su situación —salvo casos excepcionalísimos de corrimiento de tierras o de avulsión—, los datos registrales referentes a la misma en su realidad física —datos de hecho— pueden resultar inexactos por su variación extrarregistral, por lo cual deberá buscarse el medio de adecuar el Registro a tal mutación, de hacerlos constar en su expresión real. Y este medio, excepto en lo referente a la medida superficial, es sumamente fácil como la práctica nos lo demuestra: basta que en el título se hagan constar los datos nuevos junto con los expresados en el Registro, tal como lo preceptúa el art. 171 del Reglamento Notarial. Esta sola excepción—a menos de que el Registrador prevea un posible fraude: cambio real de una finca por otra, que registralmente continuará siendo la misma, agregación de fincas, absorción de linderos naturales— bastará para la mutación del dato, sin necesidad de previa comprobación, a menos que se trate de variación de términos municipales que se hubieren omitido por equivocación al constatar oficialmente en el Registro la traslación de un término a otro de una determinada zona. Estas facilidades existen aún en el supuesto de cambio de naturaleza de la finca: basta la declaración de la obra nueva sin necesidad de comprobante oficial alguno (L. H., art. 208, ap. 1.º; R. H. 308, número 1.º). Pero hay otro dato de hecho cuya mutación sólo puede llevarse a cabo por los medios más o menos rigurosos previstos por la Ley y en los casos establecidos en la misma: la medida superficial.

A juicio del legislador, la rectificación de la medida superficial entraña más peligro que la variación de alguno de los otros datos de hecho que contienen los asientos. De ahí el mayor rigorismo en cuanto a su acceso al Registro, rigorismo que contrasta con la relativa facilidad de la —llamémosla así— «inmatriculación de tal medida», esto es, su primer acceso al Registro, bien al tiempo de la inmatriculación de la finca, bien en un título posterior, cuando tal medida no constaba en la hoja registral. Pero tal rigorismo con relación a la «entrada de la superficie» en el Registro ha de ser siempre menor que el que informe las normas relativas a la primera inscripción de las fincas, pues cuando éstas se inmatriculan ha tenido acceso al Registro la totalidad de las mismas, aun cuando se haya sufrido error en su delimitación física. Lo que prueba el Registro es que el titular lo es de la finca y la adquirió por el título que se

expresa, prescindiendo de la adecuación exacta a la realidad de los datos de hecho. Si posteriormente se rectifica uno de tales datos, no por ello sufre variación alguna la entidad hipotecaria, como tampoco lo sufre la finca en la vida real, que, en uno y otro caso, continúa siendo la misma. La rectificación «en más» de la medida superficial no quiere decir que a la finca registral se haya añadido un trozo representado por la mayor cabida que se intenta registrar (salvo los casos de accesión natural, que no contemplamos; y excepto, claro es, el supuesto de agregación registral). No existe tal nuevo trozo de finca, pues ya estaba inmatriculada la totalidad de la misma, únicamente se intenta rectificar el error sufrido al expresar la medida superficial que tuvo anteriormente acceso al Registro. Por ello no estamos ante un supuesto de inmatriculación y rechazamos tal denominación que para el caso contemplado emplea LA RICA, aceptando desde el punto de vista del Registro la de ROCA SASTRE —registración del exceso de cabida—, si bien como visión total del supuesto es más perfecta la de SANZ —rectificación de la medida superficial.

Conforme antes hemos dicho, estimamos que tal rectificación de medida no debe estar sujeta al rigorismo de la inmatriculación, como las propias disposiciones legales nos lo demuestran, según veremos más adelante; y, dentro de lo dictado por el legislador, hemos de buscar las mayores facilidades para lograr en este punto la perfecta adecuación entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral. Y más cuando, como sucede en nuestra Patria, la discrepancia en este caso entre Registro y vida real es grande, debido a que el temor a posibles aumentos tributarios (rectificación de los amillaramientos y, en su consecuencia, elevación de las cuotas contributivas) ha sido causa de una general ocultación de la medida superficial de las fincas en los títulos referentes a las mismas, especialmente durante el siglo pasado y principios del presente, con su secuela de repetición de los mismos datos en los títulos posteriores y subsistencia de tal inexactitud. Bien es verdad que una excesiva facilitación de estas rectificaciones, podría, como dice SANZ, «encubrir actos transmisivos realizados con propietarios colindantes, o preparar una invasión de fincas ajenas, o afectar profundamente la identificación de la finca en caso de analogía con los linderos de otra diferente», por lo que la rectificación «no se puede

admitir sin ciertas garantías». Ahora bien, si la posibilidad del fraude existe con mayor intensidad y probabilidades de éxito en la inmatriculación que en la rectificación de la medida superficial, no hemos de exigir para ésta ni vamos a rodearla de mayores dificultades que a aquélla, pues aparte de tal disminución del peligro de fraude, la inmatriculación tiende a constatar derechos protegidos y tutelados por el Registro, mientras que la revisión de la medida, como hemos dicho antes, afecta a un dato de hecho, al cual no se extienden los efectos especiales de la registración. (Así lo afirma la Resolución de 27 de junio de 1935.) Si la Ley nos lo permite —y, como veremos, permitido está— apliquemos en buen hora a estas rectificaciones las solemnidades y requisitos que se exigen para la entrada en el Registro de las fincas en aquellos medios apropiados para uno y otro caso, pero no exijamos más, y concedámosles las mismas facilidades previstas para las inmatriculaciones.

2. La rectificación de la medida superficial puede tener dos finalidades: hacer constar la menor cabida de la finca o bien registrar la mayor extensión de ésta, con relación, en uno y otro supuesto, a la cabida que ya consta en el Registro. Lograr lo primero es sumamente fácil: basta el consentimiento del titular inscrito. No hay norma legal dictada expresamente para este caso, pero debe regirse por lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria aplicando la regla «quien puede lo más puede lo menos». Ahora bien, en el concepto de «persona a cuyo favor se haya hecho la inscripción» que emplea dicho artículo, debe comprenderse no sólo al titular de la propiedad, sino también a los de los otros derechos para los cuales pueda entrañar un peligro la disminución de la extensión registral: usufructuario, acreedor hipotecario, reservatarios, etc. Al Registrador corresponderá en cada caso concreto juzgar sobre la necesidad del consentimiento de los titulares de derechos sobre la finca cuya medida se pretende rectificar.

En cuanto al segundo caso —rectificación en más de la medida superficial—, plantea el problema de la registración de la diferencia entre la extensión que consta en el Registro y la nueva que se pretende ingrese en él, esto es, la registración de la mayor cabida, como la llama la Ley, o del exceso de cabida, con la denominación empleada por el Reglamento y ROCA SASTRE. Tal registración presenta los peligros a que antes hemos hecho mención, y por ello el

legislador regula con mayor rigurosidad, estableciendo la necesidad de emplear para conseguirlo alguno de los medios taxativamente enumerados. Estos son de dos clases: unos complicados, previstos por la Ley Hipotecaria y desarrollados por la misma y su Reglamento; y otros sumamente sencillos, mencionados por el último únicamente. En este punto no cabe el «escape» hacia otras disposiciones que para el caso de inmatriculación permite el artículo 299 del Reglamento.

Los medios del primer grupo son tres (art. 199 L. H.): expediente de dominio, acta de notoriedad y título público de adquisición. Se prescinde de un medio hábil para la inmatriculación: las certificaciones administrativas aceptadas por el artículo 206 de la Ley. Criterio lógico, ya que si a favor de las entidades públicas se establece un sistema de privilegio, a todas luces injusto, como estima ROCA SASTRE, mayor motivo hay para negar esa desigualdad cuando las fincas constan en el Registro y por lo tanto deben registrarse, en lo referente al mismo, por iguales normas que todas las demás, que las pertenecientes a los particulares. Y se fija un medio que no es apto para la inmatriculación: el acta de notoriedad del artículo 203, lo que, a nuestro entender revela la menor importancia de tal registración frente a la inmatriculación, que es causa de las mayores facilidades concedidas a aquélla.

Los del segundo grupo más que medios son supuestos especiales en que se conceden las mayores facilidades para la registración del exceso de cabida. Son los previstos en los apartados A, B y D del número quinto, artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Los A y D sólo se aplicarán en casos especialísimos. El del apartado D sería la solución ideal para el problema, siempre que el Catastro fuere la realidad que debiera ser. Por desgracia, no es así, y los defectos de tal institución pueden dar lugar a no pocas dificultades y errores, como acertadamente opina LA RICA. Además, según ROCA SASTRE, y habida cuenta de la doctrina sustentada por la Resolución de 23 de mayo de 1944, sólo podremos basarnos en la extensión superficial constatada en el plano del Catastro parcelario y no en los datos «derivados de otros trabajos catastrales, y menos de los que consistan en meras revisiones de amillaramientos», con lo que queda imposibilitada la aplicación de tal norma, ya que el Catastro continúa siendo en España un mero proyecto que no sabemos

cuándo va a convertirse en realidad, realidad que es objeto de nuestros temores, ya que la forma en que se están llevando a cabo los trabajos preparatorios sólo puede conducir a un mal Catastro: preferimos la actual enfermedad si no se busca otro remedio.

Volviendo a los medios previstos por la Ley, y prescindiendo del expediente de dominio y del acta de notoriedad con aprobación judicial; que no son objeto de este estudio, nos queda un tercer procedimiento: el título público de adquisición. Relacionando el artículo 205 de la Ley con el 298 del Reglamento, podemos contemplar dos clases de tales títulos: los que son directamente registrables (números primero y segundo en relación con el apartado C del precepto reglamentario), y aquéllos que precisan el complemento de un documento fehaciente (números tercero y cuarto del mismo artículo 298), documento fehaciente que puede ser uno de los enumerados por el artículo 3.º de la Ley o un documento privado que reúna las condiciones que requiere el artículo 1.227 del Código civil para probar su fecha en cuanto a tercero, o bien puede acreditarse su existencia mediante acta notarial de notoriedad. Y, por eliminación, nos encontramos ante el caso objeto de este trabajo: ¿cabe la registración del exceso de cabida por medio de título público de adquisición complementado por acta de notoriedad? Estimo que tal solución no sólo es factible, sino que también concuerda perfectamente con el espíritu y letra de la Ley; y que el acta de notoriedad es del tipo de las reguladas en el artículo 209 del Reglamento Notarial. Esto es lo que intentaré demostrar.

3. Con NAVARRO AZPEITIA diremos que el objeto del acta de notoriedad es el de patentizar por medio de un acto solemne y eficaz, producido por un documento público y oficial, la notoriedad de un hecho. El hecho por sí ya es notorio, pero esta notoriedad carece de constancia oficial: alcanzarla es lo que se pretende con la tramitación del acta. Como acertadamente expone DE LA CÁMARA, el objeto de tales actas es acreditar la notoriedad del hecho, y no la realidad del hecho notorio. No es que se confiera a los hechos notoriedad porque se ha probado su existencia —la del hecho—, sino que lo que se demuestra y comprueba es la realidad de tal notoriedad en la vida social. Por ello no aceptamos la tesis de BURGOS BOSCH de que las actas en cuestión se refieren y tienen por objeto hechos no notorios que precisamente por medio de ellas adquieren

notoriedad. De los hechos que no son notorios con anterioridad a la instrucción del acta no cabe constatar la notoriedad inexistente, sino la realidad del hecho en sí, lo que pertenece a la órbita de las actas de presencia y no a la de las que tratamos.

El punto es interesante y de gran trascendencia en el caso que estudiamos, pues si aceptamos que el objeto del acta es acreditar la existencia del hecho y no la notoriedad del mismo, el Notario tendría que autenticar no la notoriedad —la «fama pública»— de la extensión de la finca, sino tal extensión en sí, lo que se traduciría en la necesidad de la comprobación directa de la misma. Y esto, aparte de que, como ya hemos dicho, no cabe en las actas de notoriedad a que explícitamente se refieren los textos legales, sino que es materia de las actas de presencia; sería obstaculizar enormemente la práctica de las mismas, en contra del espíritu de la Ley tendente a facilitar la rectificación de la medida superficial. Pero si el objeto de tal acta no es la constatación oficial del hecho—sea o no notorio—sino la de la notoriedad del mismo, estamos en el supuesto que prevé el artículo 209 del Reglamento Notarial; y además la tramitación del acta será sumamente fácil: tendremos una ayuda y no un obstáculo para la rectificación del Registro inexacto.

Las actas de notoriedad en su corta historia han logrado la aceptación de los Poderes públicos y la de los particulares. Si de día en día el legislador ha establecido la aplicación de las mismas en casos concretos cuya enumeración es sobradamente conocida, al propio tiempo los particulares, quizá por ese temor al Juzgado de que nos habla ROCA SASTRE, cada día acuden más al Notario para lograr la prueba de los hechos que les interesan por medio de la constatación pública y oficial de su notoriedad, y así van siendo menores en número las informaciones judiciales «ad perpetuam memoriam» absorbidas por la función notarial, que en algunos casos concretos ha recibido la aprobación de la Dirección General de los Registros y del Notariado (v. gr.: Resoluciones de 19 de octubre de 1949 y 24 de febrero de 1950).

La confianza de los Poderes públicos en tales actas queda demostrada con la evolución de la legislación hipotecaria. Primero —Ley de 1944, recogida por la de 1946— se admiten para reanudar el tracto sucesivo y para registrar el exceso de cabida, pero con una serie de trámites que más bien las dificultan que las facilitan, y que

culminan con la intervención judicial, con esa aprobación que da a la misma un carácter híbrido —ROCA SASTRE— y que en realidad es plenamente superflua e ilógica. La confianza de que hemos hablado se traduce en desconfianza al llegar a la regla 8.ª del artículo 203 de la vigente Ley —350 de la de 1944—. Con ello se logra únicamente hacer difícil lo que pareció fácil: crear un medio para lograr la concordia entre el Registro y la realidad extrarregistral, y al mismo tiempo, obstaculizar su adopción en la práctica. Además la Ley admitió el acta de notoriedad como complementaria del título público de adquisición para lograr la inmatriculación de fincas, y, a nuestro parecer, también el acceso al Registro de la mayor cabida de las fincas ya inscritas. Pero su regulación quedó en la nebulosidad, y si bien algunos autores, como ALONSO FERNÁNDEZ, estimaron que tal acta debía tramitarse con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento Notarial, otros en cambio —SANZ— creyeron que eran de aplicación todos los trámites del citado artículo 350, lo que de nuevo nos lleva a la dificultad de lo que debiera ser sencillo. Discrepancia de opiniones que, una vez publicado el Reglamento, ha quedado reducida a mero dato histórico.

En 1947 se publica el Reglamento Hipotecario y en él el legislador acentúa su prueba de confianza en esta actuación notarial. Se aclaran las anteriores dudas respecto a la tramitación de las actas complementarias del título público de adquisición, estableciéndose en el párrafo noveno del artículo 298 que la norma rectora es el 209 del Reglamento Notarial, con lo que el acta es más «notarial» que en el caso del artículo 203 de la Ley. Se concede al acta de notoriedad, por sí misma, plena virtualidad inmatriculadora en el caso de aprovechamientos de aguas públicas, pues el expediente posterior sólo es un trámite administrativo para comprobar aquellos datos de hecho que requieren especial pericia o aquellos de derecho derivados de un Registro que no puede ser fácilmente examinado al tramitar el acta y del cual no se exige previamente aportación de certificación o dato alguno. (¿No sería más lógica la necesidad de la incorporación al acta del correspondiente certificado negativo del Registro Central de Aprovechamientos de Aguas Públicas?) Tal acta, sustitutiva de la antigua información posesoria, no es más que la aplicación en un caso concreto de lo que ya san-

cionó con plena generalidad, y para el período de reconstitución de los Registros destruidos, la Ley de 5 de febrero de 1938.

Pero no se detiene ahí el Reglamento Hipotecario, sino que en otro caso concede mayor y más clara virtualidad inmatriculadora al acta de notoriedad: la tramitada con incorporación de documento privado. El título inmatriculable en este caso es, como entienden LA RICA y ROCA SASTRE, no el documento privado, sino la propia acta notarial, aunque con ello—DE LA CÁMARA—nos encontremos ante un precepto contra legem, pues la intención del legislador de 1944 era la de no conceder eficacia inmatriculadora a las actas de notoriedad. Este medio inmatriculador traerá como consecuencia que en muchos casos nazca el documento privado únicamente para lograr la inscripción, sin que de por sí haya tenido vida independiente; su objeto será coadyuvar a la entrada en el Registro de la finca por medio del acta. Hemos de contemplar la realidad jurídica desde el despacho y no desde la biblioteca, y, aun diría más, muchas veces desde fuera del despacho. Al que pretenda inmatricular una finca le será fácil aportar documento privado de fecha anterior en un año, aunque la realidad sea que se haya otorgado días antes. Y ello porque el Reglamento Hipotecario no exige la previa fehacencia de tal documento, pues si bien el modelo VI de los que le acompañan parece dar por sentada la realidad de la misma, es debido a que tal documento por fuerza ha de tener fecha fehaciente, ya que el Notario no puede admitirlo sin que esté satisfecho o declarado exento el correspondiente Impuesto de Derechos reales, pero sin que esto implique la necesidad de que la fecha fehaciente haya de tener un año de antigüedad: ésta, según la letra del Reglamento, se exige únicamente para la fecha del documento.

Con lo expuesto vemos que el Reglamento Hipotecario admite plenamente el acta de notoriedad para acreditar datos referentes a lo que hemos llamado «esfera de derecho» de la inscripción cuando su objeto es complementar el título público inmatriculador, e incluso para suplir dicho título en el supuesto general del párrafo décimo del artículo 298 y en el especial del artículo 70. Luego si se admite tal instrumento para la inmatriculación, que se encuentra en un plano de superior importancia con relación a la rectificación de la medida superficial y, por lo tanto, debe precisar mayor

rigorismo en su regulación, confiriendo efectos jurídicos a aquellos datos necesarios para la primera entrada de la finca en el Registro —«esfera de derecho»—, ¿por qué no admitirlo para la registración de los excesos de cabida en los que se trata únicamente de la rectificación de un mero dato de hecho, dato de tan poca monta que ni siquiera es necesario conste obligatoriamente en los títulos y asientos relativos a la finca? Habida cuenta, además, de que es más fácil apreciar y comprobar la extensión de una finca que resalta claramente, que no aquellas otras circunstancias que deben delimitar fehacientemente la adquisición de la misma, ya que éstas, al revés de aquélla, no están insitas en la realidad física. Si el Notario para comprobar la notoriedad pretendida—más exacto: para averiguar si tal posible notoriedad está concorde con la materialidad de la finca—acude a su personal inspección, ésta logrará sus plenos efectos en el caso de rectificación de la medida, pero no **conducirá a nada** en el supuesto de la inmatriculación, pues es lógico que si pudiera examinar el título formal anterior los interesados no habrían tenido porqué requerir su ministerio: les bastaba con tal documento; y si recaba las manifestaciones de peritos y testigos, tales manifestaciones en el caso de la rectificación se **basarán** en el conocimiento directo y perfecto—o casi perfecto—que del hecho tienen aquéllos, pero si lo que se pretende es la averiguación de los datos que ha de reunir todo documento fehaciente para poder conseguir la inmatriculación, la verdad es que pocas veces se logrará tal finalidad, pues es sumamente difícil que tales declarantes conozcan la certeza de dichos datos.

4. Pasando al caso concreto que es motivo de este trabajo, encontramos una opinión plenamente discordante con la nuestra: la del eximio hipotecario ROCA SASTRE. Dice así, escuetamente, al tratar de la registración del exceso de cabida por medio de título público de adquisición en la última edición de su *Derecho Hipotecario* (tomo II, pág. 114): «Dada la letra del artículo 298 del Reglamento, *no cabe aquí el acta de notoriedad complementaria.*» SANZ, en sus *Comentarios*, no plantea claramente este problema, pero coordinando las opiniones que sustenta en diversos puntos con él relacionados, creemos encontrar un criterio diferente al de ROCA SASTRE y similar al nuestro, si bien con alguna ligera discrepancia, pues este autor trató de ello antes de la publicación del nuevo Re-

glamento. Así, después de remitir la materia de los medios de rectificación de la medida superficial al artículo 352 de la Ley de 1944, admite en éste el juego del título público complementado por acta de notoriedad; pero, como hemos dicho antes, estima que tal acta debiera tramitarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 350—203 actual—, opinión que sustenta a disgusto pero a la que lo mueve una interpretación rígida de la Ley, y que con la publicación del nuevo Reglamento seguramente variaría de plantearse de nuevo el problema, pues ya entonces estimaba conveniente la menor complejidad en la tramitación del acta: su regulación por el Reglamento Notarial. Para LA RICA se precisa, además del título público de adquisición, que el transmitente acredite fehacientemente su anterior adquisición del exceso de cabida, adquisición que se demostrará mediante otro documento anterior —no dice de qué clase— «en que se justifique la existencia» de tal exceso. Como vemos, en este amplio concepto cabe el acta de notoriedad.

5. Frente a la opinión de ROCA SASTRE, estimamos que la interpretación lógica y gramatical de los preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecarios nos llevan a admitir el acceso al Registro del exceso de cabida de una finca por medio del título público de adquisición del inmueble complementado por acta de notoriedad instruida con arreglo a los preceptos generales de la legislación notarial. Examinemos por separado los antedichos Cuerpos legales que regulan la institución registral.

La Ley.—El párrafo segundo del artículo 200 dice que por el medio «autorizado en el artículo 205 se podrá hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas ya inscritas». Tal medio, conforme establece el artículo de referencia, consiste en «los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos». Y el artículo 199, apartado b), al establecer la misma remisión al artículo 205 en caso de inmatriculación, equipara el acta de notoriedad al «modo fehaciente» que éste último exige. Se le confiere a aquélla plena fehacencia cuando justifica el título anterior del transmitente. Por el juego combinado de todos estos preceptos no cabe otra cosa sino aceptar la aplicación de tal acta cuando por ella se acredite que tal transmitente había adquirido por su título correspondiente el exceso de cabida que se pretende registrar

por medio del nuevo título. Y la interpretación lógica es concorde con la sentada, pues si se permite claramente tal medio para un supuesto de mayor importancia —la inmatriculación—, también deberá ser aplicable a otro medio de igual finalidad abstracta (lograr la adecuación entre el Registro y la realidad jurídica), pero de menor entidad que aquél: la registración del exceso de cabida.

El Reglamento.—Es en él donde encontramos más firme apoyo a nuestra tesis. En el punto que nos ocupa el párrafo primero del artículo 298, fija una remisión del apartado C del número quinto al número tercero. A éste le es aplicable lo dispuesto en el párrafo cuarto, según el cual la presentación del documento fehaciente que ha de acompañar al título público de adquisición probando la previa titularidad del transferente, puede ser suplida, además de por la relación suficiente hecha por el Notario, por medio de acta de notoriedad, que, según el párrafo noveno, se tramitará con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento Notarial. Estas sucesivas referencias y concatenaciones son claras, sin lugar a duda alguna, y en ningún caso se excluye la registración de la mayor cabida. Luego, «ubi lex non distinguit...» La facilitación tan grande que este artículo, regulador del medio común de inmatriculación y registración del exceso de cabida que es el título público de adquisición, concede para la rectificación de la medida superficial en los apartados A, B y D de su número quinto, frente a la superior rigurosidad de tal medio cuando tiende a la inmatriculación de fincas, demuestra claramente que el criterio del precepto reglamentario puede concretarse así: se podrán registrar los excesos de cabida por medio de título público de adquisición con iguales formalidades y requisitos complementarios que los que se requieren para la inmatriculación de fincas, y con supresión o aminoramiento de los mismos en aquellos supuestos especiales en que expresamente se permite.

6. Desconocemos las razones que llevan a ROCA SASTRE a formular su transcrita afirmación. Vamos a intentar rebatir los reparos que creemos puedan formularse a nuestra interpretación de los textos legales.

La Ley.—El principal obstáculo estriba en la oposición que parece establecerse entre acta de notoriedad y modo fehaciente en el artículo 199, lo que puede conducir a creer que tal acta no está in-

cluída entre los modos fehacientes complementarios del título público de adquisición a que se refiere el artículo 205, único aplicable en este caso por la expresa remisión del párrafo segundo del artículo 200. Tal rigurosa interpretación gramatical estimamos que no puede prevalecer ante la lógica, que es la que informa, sin olvidar el significado literal de las palabras, la que nosotros hemos sentido. Con aquélla llegaríamos a la consecuencia de que el acta, que no es modo fehaciente y, por lo tanto, es un documento de menor entidad, tiene virtualidad para alcanzar un superior efecto: la inmatriculación, y no para lograr otro de inferior importancia: la rectificación de la medida.

Además, una vez publicado el Reglamento, para encontrar la regulación del título público de adquisición a que se refiere el artículo 205 de la Ley, hemos de acudir al artículo 298 de éste, que no es otra cosa sino el desarrollo de aquel precepto fundamental. Por lo que, en definitiva, la interpretación que se mantenga de la norma reglamentaria será la que deberá prevalecer también para los preceptos de la Ley. Y que no se diga que con ello olvidamos la diferente categoría de ambos Cuerpos legales. No es que queramos supeditar los artículos de la Ley a los del Reglamento, sino que no teniendo el caso presente adecuada regulación en aquéllos, que sólo lo fijan en sus líneas generales, forzosamente hemos de acudir a las otras normas que lo desarrollen.

El Reglamento.—Nuestra interpretación de las disposiciones de éste puede ser combatida con la siguiente argumentación: si bien en el supuesto de la inmatriculación son desconocidos los datos necesarios para identificar fehacientemente el título anterior del transferente, que por ello han de ser aportados al Registro para complementar al título público inmatriculable, en el caso de registración de la mayor cabida, como la finca ya está inmatriculada —si no lo estuviera faltaría un presupuesto esencial: la determinación de una cabida registral menor que la que se pretende inscribir; donde previamente no hay menos, no puede haber posteriormente más—, los datos del título anterior del transferente constan ya en la hoja registral. Y, entre ellos, el de la extensión, discordante con la que se pretende registrar. Luego no puede ser desvirtuada esta presunción registral mientras no se aporte un documento que justifique la adquisición de la mayor cabida, justificación que no cabe me-

diante el acta de notoriedad, ya que ésta sólo sirve para delimitar los datos del título anterior ya obrante en el Registro y que no publica el exceso de cabida que se pretende ingresar en éste. ¿Es así? No lo creemos.

En primer lugar, la misma argumentación nos serviría para estimar inaplicable el acta especial de notoriedad regulada por el artículo 203 de la Ley. Pues si en el Registro constan ya las sucesivas transmisiones de la finca y en ellas siempre una extensión menor que la que se pretende registrar, tal dato no puede ser contradicho por un documento que en vez de demostrar la nueva adquisición del exceso, discrepa de lo inscrito en el Registro, intentando probar la equivocación de éste. O sea, que la Ley acepta claramente un medio no hay duda alguna en este caso— que, dada la anterior interpretación, no se puede aplicar.

Además, no debemos olvidar aquellas esferas de hecho y de derecho en los asientos registrales de que ya hemos hablado. Los datos que ha de contener el documento fehaciente, y por ende el acta de notoriedad, también pueden distribuirse entre ambos grupos. Uno de ellos es, según el párrafo tercero del artículo 298, la «descripción de la finca o derecho». Si por esta descripción se demuestra la perfecta identidad entre la finca a que se refiere y la inscrita, por los datos que la sitúan en el espacio, además de por aquellos otros «de derecho» que reflejan la vida jurídica de la misma —titular registral, anterior transferencia—, no ha de ser obstáculo para tal identificación la constatación diferente de una simple circunstancia de hecho: la medida superficial. Cuando un título acude al Registro se permite que por medio de él se rectifiquen los linderos de la finca sin necesidad de aportar prueba alguna: basta la mera declaración de los otorgantes, bien porque aquéllos hayan cambiado o bien porque hubieran sido expresados equivocadamente en el título anterior y, por consiguiente, en la inscripción. ¿Por qué no permitir la rectificación del error sufrido en otro dato de hecho —la medida superficial— si en este caso, además, se aporta prueba del mismo? El que la inscripción de una finca exprese la superficie de la misma no implica que garantice al titular registral su derecho sobre la total extensión tabular si, por desacuerdo con la realidad, la verdadera de la finca es menor. Por ello tampoco debe impedir la inscripción —y no lo impide— que la titularidad se

extienda a una mayor extensión real que la registrada, y, consecuentemente, que esto pueda hacerse constar en el Registro. El acta de notoriedad al complementar el título público en el caso de inmatriculación aporta al Registro datos referentes a la esfera de derecho, datos que antes no obraban en éste, y que, por lo tanto, no producían efectos hipotecarios. Y cuando tal acta tiende a demostrar la existencia de una mayor cabida que la inscrita, lo que aporta al Registro es la realidad de una circunstancia que si bien obraba ya en éste, no producía otro efecto que el de tender a una adecuada delimitación física de la finca, sin consecuencias jurídicas importantes, ya que tal dato pertenece a la esfera de hecho de los asientos. Luego si se admite el acta en el primer caso —inmatriculación— por las mismas razones ha de ser admitida en el que estudiamos. Sin olvidar que la diferente entidad del fin propuesto en uno y otro se ha de traducir en mayor favorecimiento del último, dada también su menor peligrosidad. Si la extensión de la finca no consta en el Registro, nadie nos discutirá que es perfectamente inscribible el título en que se aporta aquélla por vez primera. ¿Por qué entonces impedir esa misma registración por la sola razón de que antes ya constara con diferencia matemática tal superficie, si en el presente caso, al contrario que en el expuesto, se aporta una prueba plena del hecho: el acta notarial?

En la práctica los datos de derecho que han de constar en el documento fehaciente complementario en caso de inmatriculación, podrán muchas veces quedarse en el tintero cuando se acredite la anterior adquisición por acta de notoriedad, con sólo tomar por modelo el V que acompaña al Reglamento. Unos datos tan esenciales quedan suplidos por la declaración de unos señores, los cuales no aportan luz alguna sobre la existencia del título anterior en su expresión documental, quedando en la niebla la clase de aquél por el que adquirió el transferente del que se pretende inmatricular. Autores hay, como DE LA CÁMARA, que llegan a la misma solución práctica del modelo al estimar que basta acreditar la notoriedad de la propiedad del transferente, sin precisarse por lo tanto la delimitación del título anterior. Pues bien, si tanta facilidad se concede a datos de tal importancia —facilidad que llega a la supresión de los mismos—, igual o mayor se ha de dar a los de menor entidad. Si el acta de notoriedad, sin referencia a otro documento algu-

no, basta para demostrar que Luis Jiménez Rodríguez es dueño de la finca por un título jurídico cuya expresión formal se desconoce, mayormente ha de servir para demostrarnos que la finca de que dicho Luis es titular tiene tal o cual extensión, pues, aparte de ser de diferente entidad las consecuencias de una y otra prueba, lo segundo sí que es fácilmente demostrable: como son también más fáciles de precaver los peligros que pueda ocasionar tal prueba o demostración, que hemos de ver seguidamente al estudiar la regulación del acta cuya aplicación mantenemos.

7. Contemplaremos por separado los diversos puntos que comprende la tramitación del acta de notoriedad.

Notario instructor.—No hay obstáculo alguno para que los interesados acudan a cualquier Notario. Pero habida cuenta de la «posibilidad de una inspección personal de la finca por el fedatario, y de la exigencia de que el instructor sea «Notario hábil» formulada en supuestos análogos (203 L. H.; 70 R. H.), creemos que debe rechazarse el requerimiento por aquél que no lo fuere, según la legislación notarial, para actuar en el término municipal en que la finca radique.

Requerimiento.—Deberá ser formulado por persona que, a juicio del Notario, tenga interés en la registración del exceso de cabida. Como es documento complementario del título público de adquisición, creemos que sólo están legitimados para requerir al Notario aquéllos que puedan solicitar la inscripción de tal título: el transmitente, el adquirente y cualquiera que tenga interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir, o el representante de cualquiera de ellos (art. 7, L. H.), sin que quepa en este caso la especial presunción de apoderamiento del artículo 39 del Reglamento Hipotecario.

¿Quiénes estarán comprendidos en el apartado c) del citado artículo 7? Todos aquellos titulares de derechos reales sobre la finca, cuya base física sea la totalidad o una parte de la misma —porción cuantitativa que no impide que el derecho sea una limitación o desmembración cualitativa del dominio—. Así: usufructuarios, censualistas, titulares de servidumbres de leñas y pastos, del derecho de superficie, acreedores hipotecarios, etc. No en cambio aquellos cuyo derecho no tenga relación directa con la superficie de la finca:

titulares de servidumbre de acueducto, paso, luces y vistas, negativas en general, etc.

En todo caso el requirente deberá aseverar bajo juramento la certeza del hecho que se pretende demostrar: la cabida real de la finca.

Objeto.—Lo es el acreditar que el transferente en el título público, que el acta complementa, había adquirido por el título anterior —que ya constará en el Registro—, y aunque en éste no se exprese, la mayor cabida que se pretende registrar. Así resulta del juego de los dos títulos en que está informado el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Pero por aplicación analógica de lo dispuesto en el párrafo último de la regla 2.ª del artículo 201, Ley Hipotecaria, que no exige en el caso de ser la finalidad del expediente de dominio la registración del exceso de cabida, documento acreditativo alguno, y conforme a la redacción del modelo V del Reglamento, que ya hemos visto, cabe sostener que basta con acreditar la propiedad de la cabida real, sin necesidad de probar su adquisición por título alguno. Mas constando ya en el Registro el título de propiedad del transferente, creemos que lo más procedente es justificar que por dicho título se adquirió la mayor cabida, pues si se hubiera adquirido posteriormente ya no estamos ante un caso de rectificación de una circunstancia equivocadamente expresada en los libros del Registro, sino en un caso de adquisición de otra finca cuya entrada en el mismo ha de verificarse por los medios normales; o respecto a la cual ha de cumplirse lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, si está ya inscrita. Aun cuando consten ya en el Registro los datos de dicho título anterior, habrán de expresarse éstos también en el acta para su más perfecta identificación y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 298 del Reglamento cuando exige las circunstancias esenciales que ha de reunir todo documento fehaciente, especialmente la descripción de la finca.

Si se tratara de un supuesto de aumento de superficie por accesión natural, el objeto del acta sería la comprobación del tal hecho físico. En este caso estimamos que —«lege ferenda»— más adecuada es el acta notarial de presencia que el acta de notoriedad. Se trata de comprobar un accidente físico análogo al contemplado en el artículo 71 del Reglamento. Acta de presencia que debiera ser inscribible por sí misma, sin necesidad de complementar título público

alguno. Pero dada la redacción de los textos legales aplicables a la registración del exceso de cabida, por fuerza tendremos que acudir a medios similares que en los casos de error en la medida.

Comprobación.—Dos medios puede usar el fedatario como más seguros : uno, la declaración de los posibles perjudicados, que serán testigos de mayor excepción ; otro, las manifestaciones de otras personas corroboradas por el reconocimiento de la finca.

Entendemos que el primer medio bastará por sí solo para comprobar la notoriedad pretendida si prestan declaración todos aquellos a quienes pudiera perjudicar la rectificación de la medida superficial : titulares de predios colindantes o de derechos reales sobre los mismos del tipo de los que hemos contemplado como legitimados para formular el requerimiento, y el propietario de la finca objeto del acta si no fué él el requirente. —No olvidemos el aspecto negativo del principio de legitimación que podría conducir a un futuro perjuicio para el dueño de la finca—. Respecto a quienes han de prestar necesariamente declaración, las siguientes reglas nos servirán para discriminarlos :

1.^a El fedatario, atendiendo a las circunstancias físicas de la finca, valorará en cada caso el posible perjuicio de los predios colindantes. No se precisará la declaración de los titulares de aquellas fincas separadas de la que es objeto del acta por lindes claros y normalmente amovibles : un barranco, un camino, una tapia.

2.^a No se precisará la comparecencia de los titulares de derechos reales sobre la finca objeto del acta, ya que a ellos sólo puede beneficiar la registración pretendida. Pero en el caso de que los correspondientes derechos por su superior importancia —usufructuario, enfiteuta— puedan venir obligados a soportar algún aumento de cargas —fiscales, por ejemplo—, deberán ser también oídos.

3.^a Si la declaración personal de los posibles perjudicados fuera difícil o gravosa —v. gr. : residir en el extranjero ; casos de incapacitados sin representante legal designado— deberá suplirse con la del director de la explotación económica de la finca : administrador, arrendatario, aparcero. El buen criterio del instructor será la mejor norma para apreciar esta especial representación de intereses.

4.^a No hay problema en cuanto a la forma de la citación si el requirente consigue se personen en la Notaría todos aquellos cuya

declaración se precisa. Si no es así, el Notario citará a los otros interesados concediéndoles un plazo prudencial para que ante él puedan comparecer. Conociéndose su paradero deberá notificárseles personalmente: cabe la cédula remitida por correo certificado con aviso de recibo; en caso contrario, se acudirá a la publicación de edictos.

Si se entablare oposición o no prestaren declaración todos los posibles perjudicados, deberá el Notario proceder a la inspección personal de la finca. Pero si los que debieran declarar hubiesen sido citados personalmente, se entenderá existe aquiescencia tácita, por lo que no habrá necesidad de este último medio de prueba.

En todo caso —y por analogía con lo dispuesto en otros supuestos legales— creemos deberán prestar declaración dos testigos solventes, vecinos de lugares inmediatos o próximos a la finca y que conozcan la realidad del hecho cuya notoriedad se pretende demostrar. Este papel lo asumirán los posibles perjudicados que no se opongan a la tramitación; sólo en su defecto deberá acudir a otras personas, o también en el caso en que lo estimara conveniente el instructor.

No creemos aconsejable la aportación como medio de prueba de la certificación del Amillaramiento, Registro Fiscal o Avance Catastral: sólo conduciría a constatar la discrepancia de estas instituciones con la realidad en una gran mayoría de casos.

Publicación.—Tanto para NAVARRO AZPEITIA —«publicación del trámite»— como para DE LA CÁMARA —«debiendo anunciarse en forma la pretensión del requirente»—, la publicidad parece ser requisito esencial del acta de notoriedad. No lo estimamos así: en el presente caso deberá publicarse la tramitación solamente en los supuestos de haberse entablado oposición ante el Notario instructor, de no prestar declaración todos aquellos que deberían hacerlo, o de dudas en el fedatario sobre la veracidad de las pruebas. En tal caso la publicación se formulará siempre por medio de edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en cuyo término radicare la finca; y además en el *Boletín Oficial de la Provincia*, *Boletín Oficial del Estado* o periódicos, según la importancia de la registración pretendida, a criterio del Notario, que es quien, en definitiva, ha de apreciar en cada caso la necesidad, conveniencia o inutilidad de tal publicidad.

Oposición.—Si ésta se entabla judicialmente, el correspondiente mandato interrumpirá la instrucción, conforme previene la regla quinta del artículo 209 del Reglamento Notarial, pudiendo reanudarse en el caso de fracasar la pretensión del oponente. Pero, ¿quid si la oposición se formula ante el Notario instructor solamente?

No vamos a entrar en el problema de si en derecho constituyente debiera el Notario resolver por sí o paralizar el acta o dar traslado al Juez competente para que éste decida. Creemos, con LÓPEZ PALLO, que la misión del Notario, en el ámbito de las actas, es la «aseveración de hechos en que no hay discusión»: esta es la función notarial típica; lo otro, el Notario-Juez de que nos habla GONZÁLEZ PALOMINO, bien poco tiene de Notario. Pero lo cierto es que, con arreglo a nuestra vigente legislación, hemos de aceptar esta función extra-notarial, so pena de incurrir en notorias injusticias. Mientras la Dirección General no dicte otras normas, para lo que la faculta el párrafo último del citado artículo 209 del Reglamento Notarial, el solo hecho de presentarse un tercero oponiéndose a la tramitación del acta o formulando reclamaciones contrarias a lo pretendido por el requirente, no es suficiente para la terminación negativa de aquélla ni para dar traslado de lo actuado a la organización judicial. No hay norma que así lo dicte, y la regla 3.^a del repetido artículo, al prever la posibilidad de reclamaciones sin que por ello se obstaculice la normal tramitación del acta, nos da la razón. Tales reclamaciones u oposiciones producirán el efecto de contribuir al juicio de valoración final, e incluso adelantar éste en el caso de que las razones alegadas o documentos aportados sean tan claros que induzcan al Notario a denegar lo pretendido por el requirente. Bien es verdad que de esta forma se le conceden al Notariado atribuciones cuasi judiciales. Pero, como dice LA RICA en un caso similar, «la concesión de estas facultades era inevitable, pues no podía permitirse que la simple oposición, sin ninguna prueba, de un presunto perjudicado fuese suficiente para dar por terminada el acta». De opinar lo contrario; dejaríamos la aplicación de las mismas en manos de la posible mala fe de unos terceros, ya que el requirente, que había encontrado un medio fácil y cómodo para justificar su derecho de propiedad sobre la total cabida de la finca y legitimar registralmente el mismo, probablemente no querrá continuar los trámites ante el Juez, por el extendido «miedo al pleito» de que an-

tes hemos hablado, pues sabe que tan dueño continúa siendo antes cómo luego de la total finca. En cambio, si la razón acompaña al opo- nente y el Notario no se aviene a su pretensión, como la causa de su justa oposición será la posible merma de sus derechos, lo natural es que entable el correspondiente juicio para defenderlos: es su camino más seguro, y el Notario le advertirá de ello. Pero si no le asiste razón alguna, debe evitarse su propósito de entorpercer la tramitación, de causar perjuicio al requirente. Que acuda en buena hora al Juzgado y que airee allí sus pretendidos derechos, pero no dejemos a su arbitrio que mediante una mera declaración ante el fedatario, sin gastos ni molestias, y de la que difícilmente se podrá deducir responsabilidad, impida que el propietario de la finca—o titular de un derecho real— logre la adecuada registración de la misma: esto sería una flagrante injusticia. Si la Ley ha tenido a bien facilitar la prueba de determinados hechos mediante actas de notoriedad, no la burlemos apartando de los despachos notariales a los que, confiando en lo legislado, a ellos acuden. Sin que esto, como ya hemos adelantado, sea prejuzgar sobre la conveniencia o no de estas funciones de tipo judicial que al Notario se le atribuyen con ello. El caso es que conferidas le están: debe usar de ellas en bien de la Justicia.

Juicio final.—Cumplidos los trámites reseñados, el buen juicio del Notario es el que ha de jugar la última baza. Puede adoptar tres actitudes: estimar suficientemente probada la notoriedad del hecho tal como lo declaró el requirente; no juzgarlo así, o bien encontrar justificada una mayor cabida de la finca, pero discrepando de lo alegado por el instante en más o en menos. No hay problema en los dos primeros casos. En cuanto al último, si se ha justificado una mayor cabida que el exceso cuya registración se pretende, deberá adecuarse a la pretensión, lo que se logrará por medio de la comparecencia del requirente, conformándose con lo juzgado. Si la cabida demostrada es menor que la que el requirente alegó, no creemos se precise su conformidad. La presentación del título público, acompañado del acta en el Registro, producirá todos los efectos de una tácita aquiescencia.

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento Notarial, el instructor hará constar la reserva de los derechos de los reclamantes ante los Tribunales de Justicia.

8. Presentado el título público de adquisición de la finca con la copia del acta que acredite la mayor cabida, el Registrador procederá a la inscripción de aquél, haciendo constar en el mismo asiento la medida superficial probada por notoriedad, siempre que no abrigare duda fundada acerca de la identidad de la finca (número 5.º, art. 298 R. H.). En el caso de discrepancia entre la medida consignada en el título de adquisición y la demostrada por el acta, se inscribirá la menor de las dos. Si ésta lo fuere la expresada en el título complementado por la razón de que éste, y no el acta, es el inscribible: atender en tal caso al acta sería concederle virtualmente independencia y considerarla título comprendido en el artículo 33 del Reglamento Hipotecario. Y si la cabida menor es la del acta, por la razón de haber adquirido fehacencia ésta y no la total consignada en el título principal.

El acta puede iniciarse y terminarse tanto antes como después de la fecha del título al que ha de complementar: lo esencial es que su copia acompañe a la de aquél cuando tenga acceso al Registro. En cambio entendemos que la fecha del título por el cual el transferente adquirió la finca y que, como sabemos, consta en el Registro, ha de ser anterior en un año a la fecha de la inscripción de la mayor cabida. Así lo opinan la mayoría de nuestros hipotecaristas en el caso análogo de inmatriculación.

Se precisará la publicación de edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radique la finca, conforme lo regula el párrafo sexto del artículo 298, Reglamento Hipotecario. Si bien tal disposición excluye por vía de silencio los casos contemplados en el número 5.º del mismo precepto, entre los cuales está también el que estudiamos, los documentos que lo posibilitan están reseñados en el número 3.º, y el párrafo que ordena la publicación se refiere claramente a «documentos», comprendiendo los de dicho número 3.º de forma explícita.

Los efectos de la registración alcanzada son bien débiles, si con los de la inmatriculación los comparamos. Es así por lo que repetidamente hemos dicho: porque la medida superficial es una circunstancia física de las fincas no garantizada por el Registro. No cabe el juego de la fe pública, ni tampoco el de la legitimación en su aspecto positivo, pues negativamente, aunque no produzca efectos por su entidad de principio hipotecario, los causará por lo que tiene

de reconocimiento voluntario de una realidad por parte del requirente, pero sin transmisión de tal «confesión de la medida» a sus sucesores. Por ello, si bien tiene aplicación formal la paralización de efectos prevista en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, la realidad es que la misma existe antes y después de los dos años. Pues los efectos prácticos —facilitar la segregación o división; reforzar la posición del titular en caso de una posible intromisión de los colindantes— igual virtualidad tendrán en cualquier tiempo.

9. Sólo nos resta decir que no estimamos necesaria reforma legislativa alguna sobre esta cuestión. En primer lugar; por la pobreza de efectos prácticos. Y, principalmente, porque con una adecuada interpretación de los textos legales, tal como hemos intentado demostrar, se llega a una clara solución.

En cuanto a la posible aplicación del juego de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario a la medida superficial, es a todas luces improcedente mientras no se acometa una reforma total del Catastro, que, para tal caso, necesita ser perfectísimo.

Y respecto al esbozado y debatido problema del Notario-Juez, no cabe hablar de reforma legislativa, bastan meras directrices de los órganos superiores: la Dirección General tiene la palabra en la tribuna levantada por el último párrafo del artículo 209 del Reglamento Notarial.

JOAQUÍN SAPIENA

Notario

Los llamamientos forales vizcaínos en los casos de venta de bienes raíces a parientes del vendedor

Toda venta de bienes raíces sitos en la tierra llana de Vizcaya puede ser previamente anunciada, durante tres domingos consecutivos, para que llegue a conocimiento de los parientes tronqueros del vendedor, por si éstos quieren ejercitar su preferente derecho de compra. Si nadie acude a los anuncios, avisos o llamamientos, la venta surte sus plenos efectos. Pero si el vendedor no llena dicha formalidad, los parientes tronqueros podrán atacar la venta dentro de los plazos que señala el Fuero. Así lo disponen, en síntesis, las leyes primera y cuarta del Título XVII del Fuero de Vizcaya, concordantes, salvo algunas variaciones de detalle, con los artículos 103 y 110 del Proyecto de Apéndice al Código civil.

De estas disposiciones se desprende que los llamamientos no son necesarios más que para evitar las desastrosas consecuencias del retracto. Su verdadero alcance, a semejanza con lo que concurre en la mayoría de los demás casos de retracto legal, regulados por el Código civil, legislaciones forales y leyes especiales, no es otro que el de facilitar a los que tienen un derecho de compra preferente sobre determinados bienes el ejercicio de tal derecho antes de que la venta se lleve a efecto. Por eso, si la venta no ha ido precedida de esa medida preventiva, se rescinde, se resuelve o se anula, según los casos, y siempre, por uno u otro procedimiento, el no avisado o notificado puede ejercitar su derecho de compra preferente dentro de un determinado plazo, subrogándose en el lugar del comprador. El Fuero de Vizcaya, por lo tanto, no estatuye nada nuevo. Otorga a los parientes tronqueros del vendedor, previamente llamados, un

derecho de tanteo, ejercitable *antes* de la venta, y si no ha existido el llamamiento previo, un derecho de retracto, ejercitable *después* de realizada la venta, dentro de un plazo de año y día o de tres años, según los casos. Y aunque se discute si esta segunda fase de actuación del derecho de compra preferente supone o no un verdadero y propio derecho de retracto, es lo cierto que sus consecuencias prácticas son las de que el comprador desaparece y deja su puesto al pariente reclamante. Se produce, por lo tanto, un efecto subrogatorio.

Explicados así la mecánica y efectos del tanteo y retracto forales de esta provincia, vamos ahora a penetrar en el estudio del caso concreto que motiva estas líneas. Se trata de lo siguiente: de si es necesario dar los llamamientos cuando la venta de un bien raíz se va a hacer a un pariente tronquero, siempre que éste pertenezca al grupo de parientes que debiera heredar la finca en el caso de fallecimiento del vendedor.

Esta es la cuestión que se plantean algunos foralistas, como Jado, Solano y el P. Chalbaud, resolviéndola en sentido negativo. «Si la venta se hiciere a un pariente tronquero (dice Jado, página 575 de su obra *Derecho civil de Vizcaya*) no habrá necesidad de darse los llamamientos ni podrá anularse por esa falta, siempre que ese tronquero estuviese comprendido dentro de los que como tales parientes tronqueros debiesen heredar al vendedor y éste respetase el orden de preferenceia de esos grupos, descendientes, ascendientes tronqueros y colaterales tronqueros, puesto que, respetando el orden de grupos, no hay perjuicio de tronqueros, ya que no se quebranta el orden de la sucesión troncal.» El P. Chalbaud y Solano discurren de manera parecida, agregando este último tratadista que si el vendedor puede donar a un colateral tronquero la finca de abolengo, excluyendo a los demás parientes del grupo con el mínimo prescrito por el Fuero de Vizcaya, también puede vendérsela libremente, puesto que, según el Digesto, «el que puede donar puede vender».

Esta tesis se halla expuesta a graves objeciones. La primera es la de que está mal planteado el problema, toda vez que, según hemos visto, los llamamientos o avisos no son necesarios en ningún caso, ni cuando se va a vender la finca a extraños ni cuando se va a vender a presuntos herederos forzosos. Por eso el Apéndice, en

su artículo 110, preceptúa acertadamente que «el vendedor *no tendrá obligación de dar los llamamientos*, pero en este caso los parientes tronqueros podrán pedir la nulidad de la venta». Los llamamientos no son, pues, necesarios; son sólo convenientes, a modo de una medida preventiva contra las ulteriores consecuencias rescisorias del retracto.

Si los tratadistas citados hubiesen procedido con lógica, la cuestión de que se trata debiera haber sido planteada en los siguientes términos: si el vendedor no ha dado los llamamientos, y la finca es comparada por un presunto heredero suyo, ¿pueden los parientes de grado más próximo al vendedor ejercitar el retracto?

A nuestro juicio, sí, por las razones siguientes. La principal es la de que no existe en ninguna de las disposiciones del Título XVII del Fuero, que trata de la materia, ni en el Título XII del Apéndice, que trata de lo mismo, precepto ninguno que exceptúe del retracto el caso enunciado. Al decir del P. Chálbaud que «si en las donaciones y sucesiones tiene el dueño de un raíz el derecho de elegir entre los parientes del mismo grupo, no podría negársele en las ventas este derecho sin una disposición clara y terminante», no hace más que invitar a que se le replique con la misma razón, o mejor, dicho con más razón, que no se puede privar del derecho de retracto al pariente más próximo sobre el más remoto sin otra disposición clara y terminante que lo ordene.

La Ley nada dice, nada excluye; pero, ¿cómo debe ser interpretado su silencio? Ya hemos anticipado nuestra opinión: para nosotros, aparte de la ausencia de excepciones legales, es evidente que el Fuero de Vizcaya no ha querido excluir de la facultad de detraer una finca troncal a los familiares más próximos del vendedor, postergándolos al comprador en grado más remoto.

Existe otra razón convincente, y ésta es la de que el Fuero, en la ley segunda de su Título XVII, otorga a los parientes del vendedor la facultad de ejercitar el derecho de *tanteo* con arreglo a determinado orden de preferencia, disponiendo que, cuando muchos parientes concurren a los llamamientos de venta de bienes raíces, se han de preferir los profincos o parientes de la línea paterna del vendedor por su *orden y grado*; es decir, los de *grado más próximo*; y si se presentaren varios parientes de *igual grado*, se quedarán con los bienes por *partes iguales*.

Esta ley constituye una excepción al principio general de que «el que puede donar puede vender», equivalente a que el que puede lo más puede lo menos; y constituye una excepción, porque si la venta de bienes raíces situados en la tierra llana de Vizcaya otorga a los parientes del vendedor, por su *orden y grado*, no por *grupos*, el derecho a *tantear*, con la misma razón habrá que admitir que les concede, por el mismo orden personal, el derecho a *retraer*, toda vez que, como dice la conocida Sentencia de 22 de noviembre de 1901, «se halla fuera de duda que el tanteo, cuando se usa este vocablo en nuestras leyes, comprende genéricamente *ambos derechos* (el de tanteo y el de retraer), por tender a igual finalidad, o sea, a la *preferencia* que aquéllas conceden en algunos casos a determinadas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida, de tal suerte que, a quien tiene el derecho de tanteo, asiste también el de retraer, porque si así no fuera y se concediese el tanteo sin el retracto, podría fácilmente eludirse por el obligado al aviso y quedar sin efecto la preferencia, para conseguir lo cual puede ejercitarse la acción lo mismo ofreciendo el tanteo antes de la consumación de la venta que intentando el retracto de la finca ya vendida». Coincide esta Sentencia con la de 19 de noviembre de 1931.

La consecuencia que se deduce de estos fallos, aplicada al caso objeto de este artículo, no es otra que la de si el Fuero de Vizcaya otorga, en su ley segunda del Título XVII, el derecho de tanteo a los parientes del vendedor, por su *orden y grado*, sin distinguir entre *grupos parentales*, es natural admitir que la tal preferencia deberá respetarse igualmente cuando, por haber eludido el vendedor el ejercicio del derecho de tanteo, se ejercite por aquéllos el derecho de retracto.

De rechazarse esta razonable solución, se llegaría al absurdo de hacer de peor condición al vendedor escrupuloso, diligente y precavido, que se preocupa de llamar o avisar a sus próximos parientes para que, si quieren, ejerciten el derecho de tanteo por su *orden y grado*, que al vendedor descuidado o de mala fe, que oculta la venta con objeto de impedir o dificultar el ejercicio de aquel derecho de preferencia.

Nuestro punto de vista se encuentra asimismo apoyado por el derecho foral de otras regiones, tales como Navarra, Valle de Arán y Aragón. El Apéndice foral de esta última región dispone, en su

artículo 76, «que si concurren a retraer dos o más personas, *el mejor grado atribuirá preferencia*».

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código civil sustenta el mismo criterio, y así, en un caso de venta de varias fincas de abolengo a un hermano de la vendedora, cuya venta quedó sin efecto a virtud del retracto gentilicio ejercitado por un nieto de aquélla, en Sentencia de 20 de octubre de 1880, recogiendo los argumentos aducidos por el retrayente, el cual opinaba que era incontrovertible la procedencia del retracto, con arreglo a la ley recopilada y a las Sentencias del Tribunal Supremo, en las que se prescribía que la proximidad del parentesco para retraer debía considerarse *con relación al vendedor*, declaró «que las leyes primera y segunda del Título XIII, libro X de la Novísima Recopilación, conceden siempre el derecho de retracto gentilicio a los parientes más próximos del vendedor de la finca patrimonial o de abolengo, con preferencia a los más remotos; y por ello debe estimarse la demanda de retracto *si siendo el comprador pariente del vendedor es más próximo el parentesco de éste con el retrayente*». Esta Sentencia es terminante, y concuerda con las pronunciadas por el mismo Tribunal en 5 de enero de 1874 y 17 de junio de 1887, coincidentes con el citado artículo 76 del Apéndice aragonés, el cual permite el ejercicio de la acción de retracto gentilicio aun en el supuesto de que el comprador o adjudicatario de finca de abolengo sea «pariente de ulterior grado»; es decir, de grado más distante que el retrayente.

Como último argumento en favor de nuestro criterio, debemos advertir que la regla del Dígesto, según la cual «el que puede donar puede vender», no solamente adolece del defecto inherente a toda aseveración excesivamente generalizadora, sino que, si se la esgrime como una objeción contra la posibilidad del retracto que examinamos, se expone a la réplica de que el sistema jurídico romano, en que fué formulada, se basaba en el principio de la libertad en las transmisiones y desconocía los retractos familiares, nacidos al calor de las instituciones municipales y feudales y en medio de una época en la cual, por influencias del cristianismo y del derecho germánico, la libertad de vender quedó fuertemente condicionada por necesidades de cohesión, solidaridad y estabilidad familiares. El derecho romano era un derecho individualista, y por eso, en ciertas regio-

nes españolas, como Cataluña y Mallorca, en las que tuvo señalada preponderancia, no adquirieron carta de naturaleza los retractos gentilicios. En cambio, en todas aquellas otras regiones en las que el individualismo romano no llegó a cristalizar, como Aragón, Navarra y Vizcaya, los retractos gentilicios continúan en pleno vigor y responden a un estado de conciencia colectiva profundamente arraigado en el seno de las familias campesinas. De aquí que el tan repetido aforismo romano fuese cierto dentro del ordenamiento jurídico para el que fué dictado, e incluso podríamos admitir su actual aplicación, con ciertas restricciones, dentro de los países regidos por Códigos liberales e individualistas (Francia, España, etc., etc.); mas nos parece un contrasentido que se invoque por jurisconsultos especializados en derecho foral vizcaíno, de corte completamente germánico, familiar y vinculador, en el que ni tan siquiera existe la tan cacareada libertad de testar, sino una simple libertad de distribución, por donación o herencia, dentro de determinado grupo de parientes. Además, no se debe perder de vista que los retractos legales significan siempre una excepción a la regla de que se trata, a manera de trabas, condicionamientos o cortapisas, no a la facultad de donar o testar, sino a la facultad de vender o dar en pago determinada cosa. Luego es forzoso concluir que la regla «el que puede donar puede vender» podrá, quizá, tener cierta virtualidad actual si se la considera en términos generales; pero no cuando se la pone en contacto o relación con los retractos legales, en los que encuentra precisamente su más adecuada y propia excepción. Invocharla, por consiguiente, supone una verdadera petición de principio. Se podrá sostener que el que puede donar puede vender, pero será preciso reconocer que esto no sucederá cuando de los retractos legales se trate, y menos todavía cuando se trate del retracto foral vizcaíno.

MANUEL R. LEZÓN

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

AUTOCONTRATACIÓN.—¿ PUEDE EL DEFENSOR JUDICIAL DE UN MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO, QUE ES TAMBIÉN APODERADO DEL PADRE DE AQUÉL, LIQUIDAR LA SOCIEDAD ECONÓMICO-CONYUGAL Y DIVIDIR LA HERENCIA DE LA MADRE ?

SUFICIENCIA DE PODER PARA AUTOCONTRATAR.

¿ LA APROBACIÓN JUDICIAL DE LA PARTICIÓN SALVA EL OBSTÁCULO PARA LA INSCRIPCIÓN, DERIVADO DE LA DOBLE REPRESENTACIÓN LEGAL Y VOLUNTARIA ?

Resolución de 26 de septiembre de 1951.—(B. O. de 4 de noviembre.)

Doña Rosalía Alonso y Alonso falleció en Granada el 22 de julio de 1946 sin haber otorgado disposición testamentaria, en estado de casada con don Andrés Serrano Rubio, de cuyo matrimonio quedó una hija de dieciséis años llamada doña Rosario Adela. En 13 de diciembre de 1946 don Andrés Serrano Rubio otorgó ante el Notario de Granada, don Antonio García Trevijano, poder a favor de su hermano don Miguel, en el que, en otras atribuciones, le facultó para que interviniera y aceptara simplemente o a beneficio de inventario o repudiara las herencias testadas o intestadas que correspondieran al mandante y especialmente la causada por fallecimiento de su esposa, practicara los inventarios, avalúo, liquidación de la sociedad legal de gananciales, división y adjudicación de los bienes yacentes y suscribiera escrituras de aprobación de las operaciones particionales que fueren practicadas. Por auto del Juzgado de Primera Instancia de Vitigudino de 18 de diciembre de 1946, dictado a solicitud de don Miguel Serrano Rubio, ratifi-

cada por la menor, fué éste nombrado defensor judicial de aquélla para que la representara en la declaración de herederos abintestato y en la liquidación de la sociedad conyugal y operaciones particionales consiguientes a tenor del artículo 165 del Código Civil, por tener intereses opuestos a los de su padre, no existir parientes a quienes en su caso correspondería la tutela legítima y ser el solicitante el de grado más cercano. En 16 de enero de 1947 el mismo Juzgado, a petición de don Miguel Serrano Rubio, dictó auto por el que declaró heredera universal de la causante a la citada hija, con la reserva al cónyuge viudo de la cuota legal usufructuaria. En 26 de junio de 1947, don Miguel, en nombre y representación de su hermano don Andrés, conforme al poder citado, y de su sobrina carnal, como defensor judicial en virtud del nombramiento antedicho, otorgó ante el recurrente escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de la herencia de la causante, en la cual se reconoció la existencia de autocontrato considerado lícito según la Resolución de 23 de enero de 1943 y en la que, sentadas las bases o supuestos redactó el inventario y practicó el avalúo, determinó los bienes propios de la causante, los del cónyuge superviviente y los gananciales sin que existieran deudas, liquidó la herencia y adjudicó en pago de su haber al cónyuge viudo, en pleno dominio por su capital privativo y mitad de gananciales y en usufructo por su cuota legal determinados bienes muebles e inmuebles, y el resto a la hija y heredera. Y por auto del mismo Juzgado de 2 de octubre de 1947, a instancia del otorgante, que acompañó al escrito las operaciones particionales se aprobaron éstas y se mandó protocolizarlas en la citada Notaría.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura, fué calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento al que se acompaña testimonio del auto de aprobación judicial de la partición practicada por fallecimiento de doña Rosalía Alonso y Alonso, con referencia a la finca número 4 del inventario, de la que solamente se ha solicitado, por observarse el siguiente defecto: No haber recaído consentimiento válido en la escritura que se califica, ya que don Miguel Serrano Rubio, único compareciente, lo hace con el doble carácter de defensor judicial de la heredera y, además, como apoderado del cónyuge viudo, padre con patria potestad de dicha heredera, no siendo suficiente la anó-

mala aprobación judicial recaída para suplir la falta de consentimiento. Y aun comprendiendo la actuación del compareciente don Miguel Serrano Rubio en el marco de la autocontratación, habiendo posible conflicto de intereses su actuación como defensor judicial crea incompatibilidad de actuar como apoderado de la otra parte, siendo el poder conferido, además, insuficiente para la finalidad y circunstancias en que ha sido utilizado. Estimándose insubsanable el defecto señalado no ha lugar a extender anotación preventiva, aunque se solicitase.

Interpuesto recurso por don Santiago Barruecos Vicente, Notario de Lumbrerales, autorizante de la escritura, la Dirección confirmó el auto presidencial, ratificatorio de la nota del Registrador, mediante la razonada doctrina siguiente:

Que los problemas planteados en este recurso consisten en determinar si el defensor judicial de un menor de edad no emancipado, que es también apoderado del padre de aquél, puede legalmente liquidar la sociedad económico-conyugal y dividir la herencia de la madre: si es o no suficiente el poder, y si la aprobación judicial de la partición salva el obstáculo para la inscripción, derivado de la doble representación legal y voluntaria, opuesto por el Registrador.

Que la denominada por la doctrina civil autocontratación o contratación consigo mismo, comprende los supuestos de que una persona como representante de otra concierte con ella algún contrato, y el de que un mismo sujeto, que ostenta la representación de otros, concluya entre ellos algún negocio mediante una sola decisión, aunque con varias declaraciones de voluntad, lo cual entraña ciertos peligros para la seguridad jurídica, nacidos de posibles colisiones de intereses que desaparecen tanto cuando en el mandato se conceden expresas facultades para autocontratar, como cuando se trate de actos de simple ejecución.

Que aun reconocida en la escritura calificada la existencia de un autocontrato —figura no regulada y sí prohibida en ciertos casos por nuestro Código Civil—, conforme a la jurisprudencia hipotecaria, inspirada en las apuntadas orientaciones doctrinales, nada habría que oponer si no mediare otro obstáculo, siempre que se hubieran conferido al representante facultades expresas para celebrarlo, ya que entonces tendría menor relevancia la objeción de or-

den psicológico y jurídico, que exige en la esfera contractual la actuación de dos voluntades por lo menos.

Que quienes se muestran más partidarios de la validez del autocontrato exceptúan aquellas operaciones en las cuales es de esencia la oposición de intereses; y como en el caso debatido, para fijar el haber correspondiente al padre y a la hija menor, se valoraron, distribuyeron y adjudicaron bienes, que si no hubieran sido atribuidos a aquél, corresponderían a ésta, y como don Miguel Serrano Rubio interviene con dualidad de representaciones que no eliminan las posibilidades de perjuicios por el hecho de no tener interés personal, puesto que la contradicción, más que de esta naturaleza es de índole económica, no puede sostenerse fundadamente que el representante haya dictado una especie de laudo o sentencia arbitral, ya que uno y otra exigen requisitos previos bien delimitados en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que el defensor judicial, regulado en el artículo 165 del Código Civil, cuyo nombramiento procede siempre que el padre o la madre tengan algún interés opuesto al de sus hijos no emancipados, es un representante de los menores, dotado de facultades especiales conferidas por la Ley, semejantes a las de los antiguos curadores «ad litem» y «ad bona» o de un tutor «ad hoc», que coexisten con las del poder paterno restringiéndolo o suspendiéndolo temporalmente en un sector patrimonial concreto, no obstante los lazos naturales de afecto y cariño que unen a los padres con los hijos; y, por tanto, tal designación, que presupone la independencia e imparcialidad, debe hacerse a favor de persona que pueda eficazmente proteger los intereses de los menores, por lo que en el caso actual, conferida por el viudo su representación voluntaria a una persona, en quien recayó luego el nombramiento de defensor, éste acumuló dos representaciones afectadas de indudable contradicción de intereses, defecto que fácilmente podría haberse obviado con la elección de otro apoderado para lo cual el padre tenía superior autonomía que el Juzgado, que para nombrar el defensor se ha de sujetar a un orden específico.

Que otorgado el poder en términos generales, el apoderado carece de facultades para celebrar un autocontrato, por ser criterio jurisprudencial reiterado que las atribuciones concedidas son de interpretación estricta, y ha de mantenerse con rigor en casos como el presente, que no cabe asimilar, como insinúa el recurrente, con

las particiones hechas por contadores testamentarios, o designados judicialmente, o por herederos mayores de edad, porque son evidentes las fundamentales diferencias por razón de su origen, de las facultades que la Ley o los interesados les asignan, y por los efectos, según los casos, de su intervención.

Por último, que al auto judicial aprobatorio de las operaciones particionales, incorporadas o no a un protocolo notarial, no puede atribuirse virtualidad suficiente para subsanar los defectos de capacidad del otorgante, por ser un acto meramente formulario, consecuencia de un precepto legal que impone al Juez, cuando no se entabla oposición el deber de dictarlo, y que sin implicar ni exigir un nuevo examen se limita a dar mayor solemnidad y autenticidad a las operaciones practicadas, según se deduce de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y de lo declarado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de noviembre de 1934 y por esta Dirección General en Resoluciones de 14 de junio de 1897, 28 de junio de 1899 y 24 de diciembre de 1900.

En este problema de la autocontratación —como en tantos otros— nuestro Centro Directivo con una agilidad o visión más realista del tráfico moderno se adelantó, como es sabido, al Tribunal Supremo, admitiéndolo o dándolo favorablemente por resuelto, con ciertas restricciones: evitar peligro de lesión, que el representado capaz lo autorice expresamente y —añadimos nosotros— que se exteriorice en documento público, para que la tradición se entienda consumada, toda vez que el *tradens* y el *accipiens* son una misma persona.

Y aunque algún autor patrio (ver Federico de Castro: *El autocontrato en el Derecho privado español. Ensayo de construcción jurídica*. Tesis-Reus, 1927), calificara, no sin cierta razón, su nombre de «desdichado», es indudable que se ha extendido su órbita a extremos que, con referencia a su denominación, no tienen otra semejanza que la analogía o equivalencia. Tal la que se dice se presenta en la llamada «cúmulo de representaciones», como a primera vista motivó la Resolución precedente. En puridad, como dice Roca (*Estudios de Derecho privado*, t. I), no hay —ni debiera hablarse, añadimos nosotros— más autocontratación que la del representante consigo mismo.

Circunscrito así el problema o admitida con exactos límites su terminología, acaso ya no sería lícito hablar —como lo hace el cita-

do profesor De Castro, parecidamente a Rümelin y Hupka— de que el autocontrato es un acto unilateral, que nada tiene que ver con el contrato, siendo su único nexos con aquél el de producir efectos jurídicos, crear relaciones de Derecho entre dos conjuntos patrimoniales, que han de estar dotados por el ordenamiento jurídico de todos los efectos del contrato, según Rümelin, o sin que sea preciso el precepto positivo que los sancione, a juicio de Hupka, pues su validez resulta de la admisión, por parte del ordenamiento jurídico, de poderes de disposición sobre diversos patrimonios en una misma persona.

Acto unilateral, sí; pero para ese especial contrato o autocontrato que sería uno de tantos en que una voluntad está representada. Peligroso, pero rodeado de fuertes garantías, admisible. Y, además, ajustado a su propia locución de contrato consigo mismo o autocontrato.

* * *

Fijados así los términos, ¿es un verdadero caso de autocontratación el de la resolución precedente?

En fuerza de rodeos y representaciones se llegó al más simplista y peligroso supuesto de autocontratar.

El representante del padre se enfrentó consigo mismo como defensor judicial del hijo menor, esto es, como protector del interés que ante dicho padre, cuyo interés también protegía, había de tutelar.

Tanto daba ya como si la partición de la esposa y madre premuerta, y previa liquidación de la sociedad conyugal, hubiese sido hecha por el esposo y padre. Recordemos lo dicho por don Jerónimo González (*El Defensor Judicial. Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, t. III), recogido por la Resolución precedente (Considerando IV): «como regla general —para distinguir entre *concur-rencia* y *oposición*— puede establecerse la siguiente: existirán *intereses opuestos* en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo». Por ello indicaba más adelante —en el citado trabajo— que hay que discernir el cargo de defensor judicial «cuando

las relaciones jurídicas de ambos (padre e hijo menor) puedan provocar los supuestos llamados de autocontratación».

¿Y es que valiéndose de la representación se puede llegar a extremos que por sí mismo no es lícito traspasar?

Por ello indicábamos anteriormente que no veíamos en el presente caso un «cúmulo de representaciones», sino el de una estricta autocontratación que hay que rechazar como en ajustados razonamientos ha hecho el Centro Directivo (1).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad.

(1) Pueden consultarse sobre esta materia, a más de los citados, los siguientes autores:

Comentario de Castán a la obra de Leone: «Il così detto contratto con sé stesso». (*Revista Derecho Privado*, 1917, pág. 94.)

DAIMASES: «Lecciones del Profesor Ferrara». (*Revista Derecho Privado*, 1928, pág. 134.)

ENNECERUS: vol. I, pág. 141 y ss.

VOLUMARESCO: «Des actes juridiques avec soi meme». (*Revue trimestrielle*, 1926, pág. 973 y ss.)

TRAVIESAS: *Revista Derecho Privado*, núm. 113.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

PROCESAL

SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1951.—*Efectos de la falta de notificación de la providencia señalando día para la vista.*

Por imperio de los artículos 872 y 873, en relación con los 260, 262, 270 y 279 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es requisito formal ineludible, en las apelaciones que se interpongan en juicios de mayor cuantía, la citación para Sentencia y la notificación a las partes de la providencia en que se señale el día de la celebración de la vista del recurso, debiendo efectuarse la notificación mediante lectura íntegra de la providencia y entrega además de copia literal de la misma, sin cuyos requisitos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 de dicha Ley, las diligencias de citación o notificaciones serán nulas. La alteración de la fecha de celebración de la vista en la copia de la providencia que contenía el señalamiento de día con aquel fin es determinante, conforme a las disposiciones legales citadas, de la nulidad de la notificación de la providencia, por ser la notificación parte complementaria de la citación para sentencia.

SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1951.—*Cómputo del plazo para dictar el laudo los amigables componedores.*

Para computar el plazo en que los amigables componedores deban dictar el laudo, se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 7.º del Código civil, a tenor del cual si el plazo que se les concedió ha sido señalado por meses sin designarlos por su nombre, se entenderán que son de treinta días, cualquiera que fuere la duración que el calendario les asigne, y si son determinados por su nombre se contarán los días que realmente tengan.

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1951.—*Incongruencia.*

Con arreglo al principio general de Derecho establecido en el artículo 359 de la Ley Procesal, existe el vicio de incongruencia, cuando el fallo no está de acuerdo con las peticiones formuladas en tiempo y forma por

los litigantes; y como en él suplico de la demanda ni siquiera se alude al cumplimiento por parte del actor a que se refiere el apartado c) del artículo 90 de la Ley de Arrendamientos, implica incongruencia que, de oficio se haya resuelto por el fallo recurrido, extremo tan capital, a pretexto de que tiene carácter accesorio indispensable para la efectividad de aquél, en trámite de ejecución.

SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1951.—*La consignación en los desahucios por falta de pago*

Es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico la acción de desahucio aplicada a los contratos de arrendamiento de inmuebles tiene carácter de resolutoria y la Sentencia que da lugar a ella, al adquirir firmeza, resuelve el vínculo arrendaticio existente entre las partes litigantes y hace perder al desahucio la posesión que ostentaba, en virtud de aquel contrato sobre la finca objeto del mismo. Pero la legislación que desde 1920 regula con carácter especial en nuestra patria el contrato de arrendamiento de fincas urbanas, con un declarado y laudable fin social de protección al arrendatario frente a las perturbaciones económicas, la escasez de viviendas y la consiguiente elevación de los alquileres, ha venido estableciendo progresivamente preceptos que, cuando se trata de los desahucios por falta de pago de la renta, permiten al arrendatario anular la acción entablada y sus efectos, abonando o al menos consignando el importe de sus descubiertos, primeramente al ser demandado, después antes de ser dictada, antes de ser notificada la Sentencia y últimamente (Decreto-ley de 30 de noviembre de 1945, recogido con mejor técnica en el apartado c) del artículo 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), al llegar el mismo acto de lanzamiento en plena ejecución de la Sentencia. Una vez efectuado el pago o consignado su importe, la acción de desahucio queda enervada, con la consecuencia procesal en todas estas diversas etapas de suspenderse la actuación judicial y archivarse las diligencias practicadas, aunque hubiese llegado, como ocurre en el último caso, a dictarse Sentencia y ésta hubiera adquirido firmeza, de lo que claramente se deduce que todo lo actuado queda sin efecto y la situación contractual se retrotrae al momento anterior al ejercicio de la acción enervada con beneficio del arrendatario, que puesto al corriente del pago del alquiler ve renacer la vigencia del contrato de arrendamiento, cuya resolución se había perseguido en el litigio planteado por aquel motivo de falta de pago de la merced arrendaticia.

SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1951.—*Afirmaciones hechas en Sentencias a efectos de casación.*

Es axioma jurídico consagrado por la Jurisprudencia que las afirmaciones hechas en las Sentencias recurridas constituyen verdades indiscutibles a los efectos de la casación cuando no han sido impugnadas con

eficacia por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1951.—*Competencia en caso de venta de géneros de comercio.*

Conforme a la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la competencia para conocer de las acciones personales, a falta de pacto sumisorio o relativo a donde han de ser ejercitadas, será la del lugar en que la obligación que se reclame deba cumplirse, disponiendo el artículo 1.500 del Código civil que cuando no se hubiera fijado lugar para el pago del precio de las cosas vendidas habrá de hacerse éste en el de entrega de las mismas; tiene declarado una jurisprudencia reiterada, que salvo pacto en contrario se entiende que la entrega de los géneros de comercio se ha reservado en el establecimiento del vendedor, si desde él se remitieron de cuenta del comprador. Análoga doctrina reitera la Sentencia de 5 de octubre de 1951.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1951.—*Cosa juzgada.*

La mera reserva de derechos, pedida por las partes contendientes, es de todo punto eficaz, por lo mismo que, cuando éstos existen, pueden ejercitarse sin necesidad de la reserva que, por sí sola, no concede ninguno, teniendo a este respecto también declarado la Jurisprudencia —Sentencia del 13 de julio de 1942—, que para apreciar la identidad como norma segura de enjuiciar, ha de acudirse a confrontar lo resuelto y lo pedido en el posterior, según resulta de los términos en que está concebido el artículo 1.252 del Código civil; y como es, además, de buen sentido, ya que no cabe referir la cosa juzgada a resoluciones que por cualquier motivo «no juzgaron»; esto es, no decidieron nada sobre el punto controvertido en el pleito anterior en que la excepción se invoca.

SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1951.—*La proporcionalidad de los alimentos es una cuestión de hecho.*

La proporcionalidad entre las necesidades del alimentista y el caudal del alimentante es una cuestión de hecho de la libre apreciación del Tribunal de Instancia y sólo puede impugnarse al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil la fijación de alimentos fundada en esa proporcionalidad.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1951.—*Diligencia para mejor proveer.*

Aunque el artículo 863 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que sin necesidad de recibir el pleito a prueba podrán pedir los litigantes desde que se les entreguen los autos para instrucción hasta la citación para

sentencia que se traigan en el pleito o presentar ellos mismos documentos que se hallan en alguno de los casos expresados en el artículo 506 de la expresada Ley, como consecuencia de lo cual toda presentación de documentos que se haga por las partes después de dicho período es extemporáneo, la Sala sentenciadora al decretar la unión de los autos al documento privado no lo hizo en base de ningún precepto procesal, sino haciendo uso de la facultad que a los Tribunales les atribuye el artículo 340, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento civil; facultad que es discrecional en el Tribunal que la ejercita y contra la que no se da recurso alguno, como expresamente declara el último párrafo de dicho artículo.

SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1951.—*Consignación en procedimiento sobre incremento de rentas.*

La Ley de Arrendamientos Urbanos concede al propietario en el caso de que el inquilino se niegue a aceptar los aumentos legítimos de la renta un derecho a acudir a los Tribunales para que previa la declaración de su legitimidad condene al inquilino a su pago, a no ser que optare el propietario, como lo ha hecho en este caso para pedir la resolución del contrato acción totalmente distinta de la nacida de la falta de pago de las rentas voluntariamente aceptadas por el arrendatario; siendo aplicable solamente respecto de ésta última la posibilidad de enervar la acción de desahucio mediante consignación de las rentas debidas, pero no en cuanto al primero de dichos casos, porque sin duda el legislador ha querido distinguir el caso de que el arrendatario se oponga caprichosamente a una justa elevación de la renta expresamente facultada por la Ley de aquél, en que por deficiencias económicas no haya podido satisfacer las rentas.

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1951.—*Acumulación de autos en la quiebra.*

Con arreglo a la tercera de las causas determinadas en el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento civil y a lo dispuesto en el último párrafo de su artículo 171, si existe un juicio de concurso o de quiebra al que se halle sujeto el caudal de la persona contra la que se formule o esté formulada cualquier demanda, los autos originados por ésta habrán de acumularse a aquel juicio cuando proceda; mas si tratándose de las ejecuciones pendientes contra el deudor en concurso o quiebra debe de ser decretada la acusación en el auto en que tal estado se declare, para dar cumplimiento a lo expuesto por el artículo 1.173 de la antes mencionada Ley y en la forma ordinaria, o a instancia del depositario administrador o de los síndicos si se trata de los demás pleitos, como previene el artículo 1.187 de la misma, tales acuerdos no pueden ser llevados a efecto ni, consiguientemente, hacerse la relación ordenada por la repetida Ley en su artículo 174 hasta que sea firme el auto de declaración de quiebra, habiéndolo establecido así esta Sala en diversas Sentencias, tales como las de 20 de junio de 1908, 3 de octubre de 1931 y 7 de junio de 1932.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1951.—*Incongruencia.*

Tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de febrero de 1941, que no se incide en incongruencia al no fallar sobre una excepción desestimada en los Considerandos, y que el concepto de incongruencia por omisión en el fallo de los pronunciamientos a que se refiere el artículo 359 de la citada Ley procesal enlaza con la idea de olvido injustificado de alguno de los puntos litigiosos, y si bien es cierto que los Tribunales deben atender las cuestiones discutidas en autos, pueden sin embargo en la esfera del derecho, no en el terreno de los hechos, aportar un material de decisión distinto del que las partes ofrecieran al juzgador, recogiendo éste para formar su convicción y motivar su fallo, razones o fundamentos no alegados, según el conocido principio *jura movit curia*, reconocido por la Jurisprudencia, y así, la Sentencia de 13 de febrero de 1941 no reconoce la incongruencia en Resoluciones judiciales no acomodadas a los razonamientos jurídicos ni a la calificación que en derecho fijen las partes como fundamento de sus pretensiones, siempre que en el fallo se guarde acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos que sirvan de apoyo a la petición debidamente alegados y discutidos en juicio.

SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1951.—*Requisitos de la demanda de alimentos.*

El párrafo segundo, en relación con el primero del artículo 1.609 de la Ley de Enjuiciamiento civil, exige al que demande alimentos provisionales la presentación con la demanda cuando en éste se alegue un Derecho otorgado por la Ley de los descuentos que acrediten la relación de parentesco entre el demandante y el demandado, o las circunstancias que den derecho a los alimentos; justificación que sólo permite completar con testigos en el caso de hijos ilegítimos no naturales, según el artículo 140 del Código civil, la paternidad a falta de Sentencia firme de la que se infiera sólo puede estimarse acreditada si resulta de un documento indubitado del padre, en que expresamente reconozca su filiación.

SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1951.—*Cosa juzgada.*

El principio de seguridad del tráfico ha impuesto la necesidad de que las Sentencias de los Tribunales que por no haberse interpuesto contra ellos los recursos legales en tiempo hábil o por haberse éstos desestimados hayan quedado firmes sean tenidas como inatacables (*pro veritate habetur*) y no puedan ser impugnadas, salvo el caso de recurso extraordinario de revisión o el de audiencia contra las Sentencias dictadas en rebeldía en determinadas condiciones; principio que recoge el artículo 1.252 del Código civil, de tal manera que cuando se pretende fuera de tan excepcionales vías un nuevo juicio sobre los hechos, puede el demandado invocar la excepción denominada de cosa juzgada como en el presente caso

acontece, surgiendo entonces la necesidad de un juicio comparativo de la anterior resolución con la que se pretende en la nueva demanda, y sin él no es posible apreciar la procedencia e improcedencia de dicha excepción.

Lo mismo la doctrina científica que en la jurisprudencia de este Tribunal, especialmente en la Sentencia de 7 de julio de 1943, se ha abierto paso la distinción entre la llamada cosa juzgada en sentido formal y cosa juzgada en el sentido material, dándose aquélla cuando el juzgador en el primer pleito no entró en el fondo de las pretensiones del actor, limitándose a desestimar la demanda por falta de determinados presupuestos procesales y apreciando excepciones de carácter dilatorio, y éste por el contrario cuando la primera Sentencia entró a resolver la pretensión de fondo formulada.

SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1951.—*Deficiencia formal de las diligencias judiciales.*

No siempre la deficiencia formal de las diligencias judiciales conduce a la inexistencia real del acto a que la diligencia se contrae, puesto que conforme a lo que estatuye el párrafo segundo del artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento civil y con independencia de la responsabilidad disciplinara que habrá de ser impuesta al funcionario que no cumpla los mandatos de la Ley, el acto judicial se considerará válido y surtirá sus efectos desde el momento en que la parte litigante, interesada en la diligencia viciosa, se dé por enterada de que su contenido ha tenido realidad.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de mayo de 1950.

EN EL CASO DE QUE UNA SOCIEDAD, ACUERDE LA AMPLIACIÓN DEL CAPITAL DANDO UN PLAZO PROVISIONAL A LOS ACCIONISTAS PARA REALIZAR LA APORTACIÓN, LA PRÓRROGA DE ESE PLAZO COMUNICADA AL BANCO NEGOCIADOR DE LA OPERACIÓN POR LA DIRECCIÓN DE LA SOCIEDAD SIN QUE SOBRE ESA PRÓRROGA CONSTE EL ACUERDO DE LA SOCIEDAD, ES INEFICAZ A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO, Y EL ACTO DE «APORTACIÓN» HA DE LIQUIDARSE CON MULTA.

Antecedentes. Acordado por una Sociedad el pago de determinado dividendo pasivo, que había de hacerse efectivo por los accionistas dentro de un plazo también determinado, la Dirección de la Sociedad hizo saber al Banco encargado de la negociación que admitiese el pago o efectividad de la suscripción hasta fecha bastante posterior a la acordada primeramente como provisional.

Al expirar ese plazo la Sociedad presentó una certificación a la Oficina liquidadora haciendo constar que la suscripción había quedado consumada y su cuantía, y aquélla liquidó el acto de aportación social con multa.

La Sociedad discutió tal sanción y sostuvo que, prorrogado el plazo de suscripción en tiempo hábil por la legítima representación de la Entidad y sin sombra, por otra parte, de intentos defraudatorios, la multa era antirreglamentaria.

El Tribunal Central, confirmando el criterio de la inferior, dice que el acto sujeto y liquidable es la aportación o desembolso hecho por los accionistas que produce el aumento de capital social, y como consecuencia, de él nace en la Sociedad la obligación de presentar, a partir de la fecha final señalada para el pago del dividendo pasivo,

el certificado o documento procedente, a los efectos de la exacción del Impuesto.

Eso supuesto, añade la Resolución, que aunque en el escrito de alzada se diga que el plazo de suscripción fué prorrogado y comunicada la prórroga al Banco negociador ordenándole que admitiese los ingresos que los accionistas fuesen realizando, tal prórroga no tiene eficacia reglamentaria, porque no consta que la acordase el Consejo de Administración y porque, en todo caso, había sido acordada después de vencido el plazo primeramente fijado, y ello aunque hubiese sido motivada por el hecho de haber observado el Consejo que los dividendos pasivos abonados durante el plazo primeramente señalado eran de pequeña cuantía. De manera, añade, que en realidad se trataría de una rehabilitación de términos que, de admitirse, produciría confusión y desorden fiscal y dejaría al arbitrio del contribuyente alterar los términos iniciales de sus obligaciones fiscales.

Comentarios: No es discutible que el acto sujeto y liquidable es el de aportación por «el valor de los bienes aportados o metálico desembolsado al constituir las o que se desembolse o aporte en lo sucesivo por las estipulaciones sociales...», como dice el apartado primero del artículo 19 del Reglamento, pero también es verdad que del mismo texto nace un argumento que aunque no fué esgrimido ni por tanto aquilatado en la contienda, no deja de tener consistencia, y es éste: si el acto gravado es el producido por el hecho de la aportación, como dice claramente el precepto, será razonable aplicar con templanza el precepto y no prejuzgar que ese hecho tiene que producirse necesariamente siempre dentro del plazo que el acuerdo de ampliación fije a los accionistas para desembolsar el dividendo pasivo.

La regla general es que en la práctica así ocurre, pero no puede dejar de admitirse la excepción y la posibilidad de su justificación por los medios racionales que el Derecho admite. Así, pues, si la Sociedad autorizadamente dice que concedió un plazo de suscripción y también que tuvo que prorrogarlo para conseguir que la realidad de la aportación tuviera lugar, nos parece que es razonable y no contradictorio con el precepto reglamentario, admitir esa manifestación.

Apurando el argumento no es inverosímil admitir como hipótesis el caso de que acordada una ampliación de capital en una Sociedad, con señalamiento, como es lógico, de un plazo para que los accionistas hagan las aportaciones correspondientes, éstos, en todo o en parte, fuesen remisos en el desembolso y dejasen de incrementar el acervo social; y en tal supuesto se ocurre preguntar, ¿estaría obligada la Sociedad a tributar por tal ampliación?

No parece que pueda ofrecer duda la negativa, puesto que la razón del Impuesto es la aportación consumida y, por consiguiente, lógico es concluir que la exacción no debe girar tan sólo en función del plazo concedido, y que a la Sociedad le debe caber el derecho de prorrogarlo o de declarar caducado el Derecho de los recalcitrantes, con la consiguiente secuela de que la multa tampoco debe girar, al menos en términos absolutos, en función del aludido plazo concedido para que los socios aporten lo que les corresponda.

Planteadas la cuestión en los términos que quedan expuestos, el problema presenta esta nueva faceta: acordada una ampliación de capital, el plazo para someterla a tributación correrá a partir del último día del término concedido a los accionistas para ingresar en el haber social sus respectivas aportaciones, y entonces será cuando la Sociedad tendrá que declarar en forma adecuada y categórica el montante efectivo de la operación, haciéndolo, claro es, dentro de los treinta días posteriores siguientes a aquel término; con lo cual llegamos a la conclusión de que habría que decir si se consumó por entero y cifrarla concretamente. Por lo tanto, si una parte de los accionistas no ingresó sus haberes, sobre éstos no habrá posibilidad legal de exigir a la Sociedad el Impuesto, y al mismo tiempo tampoco habrá obstáculo legal para que la propia Sociedad les prorrogue el plazo, hablando en términos generales y salvando las previsiones estatutarias que puedan existir para el caso.

Cabrá pensar en la clase de documentos con que habrán de justificarse tales extremos ante la Administración y hasta decidirse, como lo hace la Resolución que venimos examinando, por sostener que todo ello ha de ser objeto de acuerdos del Consejo de Administración de la Entidad contribuyente; pero nosotros, descartado el acuerdo de ampliación y, si se quiere, lo relativo a la cifra resultante del mismo, no encontramos precepto reglamentario que impi-

da admitir las manifestaciones escritas de los representantes auténticos de la Sociedad.

Resolución de 10 de mayo de 1950 del Tribunal Económico-Administrativo Central.

EL ARRANQUE DEL PLAZO DE PRESENTACIÓN EN LAS HERENCIAS ES EL DE LA FECHA DE LA DEFUNCIÓN DEL CAUSANTE, Y NO LA DE LA INSCRIPCIÓN DE ÉSTA EN EL REGISTRO CIVIL.

Esta Resolución reitera la doctrina sentada en las de 17 de enero y 7 de junio de 1942, y también lo dispuesto en la Circular de la Dirección de lo Contencioso de fecha 11 de noviembre de 1939. Esta se dictó para regular los múltiples casos ocurridos durante nuestra guerra civil con motivo de la muerte o desaparición de personas, cuyo hecho había que acreditar con mucha posterioridad al momento de ocurrir, por medio de expediente judicial.

Surgió la duda sobre si el cómputo del término de presentación de la herencia había de correr desde la fecha de la defunción o desde la del auto acordando sus inscripciones en el Registro Civil, y la aludida Circular dispuso que se contase desde la fecha del «fallecimiento natural del causante».

La solución dada por el Centro directivo la reitera ahora esta Resolución que anotamos, con motivo del fallecimiento del vecino de cierta localidad ante el avance de las tropas nacionales. El hecho ocurrió en mayo de 1937, y el expediente judicial se terminó con el auto acordando la inscripción dictada en mayo de 1943.

La herencia fué liquidada con multa, y recurrida la liquidación con fundamento en que la pretensión había tenido lugar dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la inscripción de la defunción, es desestimada por aplicación de la aludida doctrina.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de mayo de 1950.

ADQUIRIDOS A MEDIO DE CONTRATO LOS MUEBLES Y ENSERES DE CIERTO LOCAL DEL QUE LA TRANSMITENTE ERA ARRENDATARIA Y EN EL QUE TENÍA ESTABLECIDA LA INDUSTRIA DE HOTEL, NO ES LIQUIDA-

BLE, DESDE LUEGO, MÁS QUE AL ACTO DE COMPRAVENTA, Y NO EL DE TRANSMISIÓN DE INDUSTRIA Y DE DERECHO DE ARRENDAMIENTO, SIN PERJUICIO DE LA INVESTIGACIÓN A QUE HUBIERE LUGAR.

Antecedentes: Mediante compra en documento privado, doña H. G. adquirió los muebles, ropas y enseres existentes en ciertos locales, expresando los vendedores que la compradora podía entrar en posesión de lo adquirido, ya que con anterioridad a la venta habían cesado en el negocio de hotel al que lo vendido estaba afecto.

La Oficina liquidadora giró la liquidación por el concepto de muebles y requirió a la compradora para que acreditase la cuota que satisfacía por contribución industrial, lo cual hizo presentando los duplicados de alta en la industria de hotel a su nombre.

Ante eso la Oficina liquidadora comprobó valores y liquidó la transmisión del establecimiento industrial y del derecho de arrendamiento.

La liquidación fué impugnada alegando que no existía tal transmisión, por cuanto los transmitentes habían cesado en la industria antes de la cesión, y cedido únicamente los muebles y enseres.

El liquidador informó diciendo que era público y notorio que el hotel no había dejado de ser explotado un solo día y que el alta y la baja en la contribución habían sido simultáneas. El Tribunal Central estima el recurso y dice que en el documento liquidado no existía más expresión de voluntad que en cuanto a los muebles y enseres, sin referencia alguna a traspaso de industria ni local, por lo cual a tenor del artículo 41 del Reglamento que manda exigir el Impuesto con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica de los actos o contratos liquidables, no es posible admitir una interpretación tan extensiva que pueda llegar a incluir en un contrato como bienes vendidos, otros distintos de aquéllos sobre los cuales aparece manifiesta la voluntad de los contratantes. Y añade «que el camino procedente cuando una Oficina tiene conocimiento o supone que se ha producido un acto liquidable sin que haya satisfecho el Impuesto, es el de la investigación en la forma prescrita en los artículos 169 y siguientes del Reglamento», cuyo procedimiento o camino es el que debe seguirse en el caso de autos.

Tan obvia es la doctrina, decimos nosotros por nuestra cuenta, que no necesita apostilla alguna.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de mayo de 1950.

LA RATIFICACIÓN POR MEDIO DE UNA CARTA DE LO CONVENIDO VERBALMENTE SOBRE ADQUISICIÓN POR DETERMINADO PRECIO DE CIERTOS MATERIALES NO CONSTITUYE ACTO LIQUIDABLE.

Antecedentes: Como consecuencia de un acta de la Inspección de Hacienda fué requerida la Entidad inspeccionada para que presentase en la Abogacía del Estado una carta dirigida por aquélla a otra empresa, en cuyo texto se decía: «De acuerdo con las conversaciones preliminares con ustedes mantenidas, tenemos el agrado de confirmarles la venta del material de nuestra propiedad que se detalla al final de esta carta, por el importe global de 360.000 pesetas.»

Presentado el documento, fué liquidado por el concepto de «muebles», y recurrida la liquidación en razón de que la carta por la que una de las partes presta su conformidad a las propuestas verbales de la otra, no puede equipararse al documento que contiene un contrato, ya que no encierra más que la voluntad de una de las partes y es uno de los elementos que contribuyen a la formación del convenio, cuya existencia por escrito exige la constancia también escrita de la oferta y la aceptación a tenor del artículo 1.262 del Código civil; y, además, no se puede atribuir el mismo efecto fiscal a una carta como la aludida, que a un documento en que plasmen las voluntades de las partes contratantes. Sin esos dos requisitos de concurrencia de voluntades y constancia por escrito no puede hablarse de contrato sujeto al Impuesto, y debe aplicarse la exención del núm. 5.º del artículo 6.º del Reglamento.

En primera instancia fué desestimado el recurso y en el Central fué revocado el fallo y estimada la exención.

La aludida carta, dice la Resolución, no tiene por sí sola virtualidad para causar liquidación porque no contiene más que la firma del vendedor, y, por tanto, no reúne los requisitos precisos para ser estimada como documento privado firmado por ambos contratantes; y, por otra parte, tampoco existe relación alguna entre la carta mencionada y documentos, diligencias o actuaciones de índole judicial o administrativa, de los que resulte el reconocimiento o conformidad

por escrito del vendedor, o que sean susceptibles de dar realidad o autenticidad a la convención celebrada por las dos Sociedades interesadas; y, en definitiva, falta el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato como elementos integrantes del mismo según el artículo 1.262 del Código civil, siendo de aplicar la aludida exención.

A lo expuesto añadiremos simplemente por nuestra parte que la tesis de la Resolución es claramente la ortodoxa conforme al texto reglamentario y a los principios generales de esta tributación, puesto que uno y otros exigen una convención expresamente manifestada en forma escrita con la concurrencia de ambas partes; y también que esta conformidad nuestra no quiere decir que no se nos ocurra pensar que acaso estuviera calificado el acto con más precisión técnica si se hubiera dicho que debía considerarse como no sujeto en vez de incluirlo entre los exentos, porque al no existir contrato más técnico es hablar de no sujeción que de exención. La invocada habla de contratos, y si no existe contrato, mal se puede hablar de su exención.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de mayo de 1950.

LA ADQUISICIÓN DE CIERTOS INMUEBLES POR UNA SOCIEDAD A CAMBIO DE ACCIONES DE LA MISMA ES UN ACTO QUE HA DE CALIFICARSE COMO APORTACIÓN AL HABER SOCIAL Y NO COMO COMPRAVENTA.

Se trataba de la adquisición de un solar por una Sociedad anónima, cuyo pago realizó con acciones de la misma, siendo liquidado el acto como compraventa.

Reclamada la liquidación, el Tribunal Central, revocando el fallo del Provincial, reiteró la doctrina de Resoluciones anteriores como las de 24 de noviembre de 1942, 2 del mismo mes de 1948 y 4 de octubre de 1949, según la cual el acto es de clara aportación, comprendido en el apartado 1) del artículo 19 del Reglamento.

Cuando una Sociedad adquiere un bien cualquiera para aumentar el acervo social y en compensación da un determinado número de las propias acciones que tiene legalmente en su poder para ponerlas en

circulación en el momento oportuno, lo que se engendra es un acto de aumento de capital mediante la aportación que hace el transmitente, de la misma manera que si éste hiciese la adquisición de las acciones entregando el metálico correspondiente a su valor. De tal manera que es perfectamente indiferente que el tercero que con la Sociedad contrata, entregue una u otra clase de bienes en pago de dichos títulos; con tal trueque lo que en definitiva resulta es que realiza una aportación social y adquiere el carácter de socio, lo que constituye exactamente el acto definido en el mencionado precepto reglamentario.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1951.

EL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 112 DEL REGLAMENTO SOBRE BONIFICACIÓN DEL 3 POR 100 HA DE INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE.

El causante falleció bajo testamento ológrafo, en el que dispuso que su capital se depositase en el Banco de España a nombre de una Hermandad, a la que instituía heredera. La Hermandad disfrutaría de la mitad de las rentas desde el momento del fallecimiento, y de la otra mitad serían usufructuarias unas sobrinas del testador, por partes iguales, pasando la renta, a medida que mueran, a la Hermandad. Esta, en definitiva, ha de invertir la tercera parte de las rentas en misas y sufragios por el testador.

La herencia fué presentada a liquidación dentro de los tres meses siguientes a la protocolización del testamento ológrafo, pero fuera de ese mismo plazo contado desde el fallecimiento del causante, y aquélla liquidada sin aplicarle la bonificación del 3 por 100 y estimando que en parte de ella era heredera el alma del testador.

El Tribunal Supremo, confirmando el acuerdo del Tribunal Central dice respecto a lo primero que el precepto reglamentario del artículo 112 del Reglamento ha de interpretarse restrictivamente, y en cuanto a lo segundo, que es incuestionable que una tercera parte de las rentas quedaron afectas a misas y sufragios por el alma del causante.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

VARIA

ARMIN EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (Sistema del Derecho Privado Austríaco General) (segunda edición, séptima edición del sistema del Derecho Privado Austríaco General editado por Pfaff a base del manuscrito relicto de Josef Krainz)- editado por ADOLF EHRENZWEIG.

La obra clásica, de la que tenemos a la vista una nueva edición, ha sido puesta al día por ADOLF EHRENZWEIG. Hasta ahora sólo ha salido a la luz la primera parte del primer tomo, referente a la Parte General. Las seis secciones principales tratan de los siguientes temas: Derecho objetivo, relaciones jurídicas, personas, negocio jurídico, el tiempo y la protección de los derechos. La última sección, que enfoca la autoayuda y la tutela conferida por los Tribunales, posee indudablemente carta de naturaleza en una Parte General. Dentro de la primera sección, llamamos la atención sobre el capítulo dedicado al Derecho Internacional Privado.

El libro es en todas sus partes excelente en cuanto a exposición del Derecho positivo austríaco se refiere. Habría sido difícil agrupar en menos espacio (400 páginas) más contenido. Esperemos que los volúmenes siguientes se publiquen con rapidez.

QUINTÍN ALFONSÍN, *Régimen internacional de los contratos* (Montevideo, Biblioteca de Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, 190 págs).

El famoso internacionalista de Montevideo, basándose en trabajos anteriores (v. esta Revista, tomo I, núm. 3, págs. 89 y siguientes; *Información Jurídica*, núm. 77, páginas 1.381 y ss.),

danos ahora una exposición completa del régimen internacional de los contratos, tanto de sus soluciones nacionales como extranacionales. ALFONSÍN es adversario de la autonomía de la voluntad, como actualmente Cheshire y Delaume, mientras que, por ejemplo, F. Mann y Moser, militan aún a favor de aquel principio liberal. El autor maneja con la maestría a la que nos tiene acostumbrados el método expositivo analítico, basado en honradez científica y lucidez mental, condiciones difíciles de encontrar cada una de por sí, ¿cuánto más no lo será hallar su unión?

F. A. MANN, *Money in Public International Law* (tirada aparte de «The British Year Book of International Law», 1949, ps. 259 a 293) (El dinero en el Derecho Internacional Público).

El autor, volviendo sobre problemas ya abordados con anterioridad (*The legal aspect of money*, 1938), intenta esbozar un cuerpo de reglas de Derecho Monetario material perteneciente al Derecho Internacional Público. Tales reglas estatuyen, p. ej., que ningún Estado incurre en responsabilidad por razón de su política monetaria, a no ser que cometa un abuso de derecho o infrinja una obligación convencional. Ningún Estado está obligado a proteger el sistema monetario de otro (que en tiempos de guerra inclusive puede atacar). Sin embargo, un Estado debe castigar la falsificación de moneda extranjera. Durante una ocupación bélica, aun pudiendo sustituir la moneda del Estado ocupado por otra nueva o por la suya, el Estado ocupante actuará sólo como administrador y usufructuario. Si un tratado establece una obligación monetaria sin indicar el sistema monetario al que se refiere, su sentido ha de ser determinado mediante una interpretación acertada. Obligaciones monetarias son nominales; no obstante, es de suponer que en ciertos casos pueda exigirse una revalorización o resolverse el tratado. Cláusulas oro no existen tácitamente en todos los tratados, pero sí pueden ser estipuladas y deben ser interpretadas en este supuesto de modo amplio. El trabajo de MANN es muy meritorio por investigar un tema que roza diversas materias y por requerir, por ende, amplios conocimientos.

WERNER GOLDSCHMIDT